# De las resoluciones y sentencias a la protección real de los Derechos Humanos

Fernando Acuña

NOVACT

suds Internacionalisme Solidaritat Feminismes

# DE LAS RESOLUCIONES Y LAS SENTENCIAS A LA PROTECCIÓN REAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

**Autor:** Fernando Acuña [ fernandogac79@gmail.com ]

**Coordinadoras del proyecto y revisión editorial:**
Lina M. González [ lina@novact.org ]
Miguel Castro [ miguel@suds.cat ]

**Con la colaboración de:**

ODHE Observatori de Drets Humans i Empreses a la Mediterrània

El Observatorio de Derechos Humanos y Empresas en la Mediterránea formado por: Felip Daza S. (Coord. Investigación), Lina M. González (Coord. Incidencia por Novact) Miguel Castro (Coord. Incidencia por Suds), Lucrecia Baquero Ramos (Coord. Comunicación), Nora Miralles, Carlos Diaz Bodoque y Mahfud M. Lamin (investigadores).

99,3% RESPONSABLE
Respectem els Drets Humans a la compra pública

Y de la Campaña 99,3% Responsable

**Obra original:** De las resoluciones y las sentencias a la Protección real de los Derechos Humanos

**Portada y diseño:** Toni Sánchez Poy [ flaperval@yahoo.es ]

**Depósito legal:** Este trabajo está licenciado bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - No Comercial - No Obras Derivadas 2.5 España. Este trabajo se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente, traducido y modificado, siempre que sea para fines no comerciales y que se reconozca su autoría utilizando el siguiente texto: ACUÑA, F., *De las resoluciones y las sentencias a la Protección real de los Derechos Humanos (2022)*.

creative commons
BY NC SA

Este informe se enmarca en proyectos de investigación, sensibilización y educación coordinado por: NOVACT (www.novact.org) y SUDS (www.suds.cat)

La información contenida en este informe es responsabilidad del autor y de los Observatorios de Empresas y Derechos Humanos en la Mediterránea – ODHE y Shock Monitor. No se refleja necesariamente la posición del financiador el Ayuntamiento de Barcelona

NOVACT suds Internacionalisme Solidaritat Feminismes

Con la financiación de:

Ajuntament de Barcelona

# INDICE

1. Introducción ..... 4

2. La ilegalidad de la ocupación de Palestina y del Sáhara Occidental ..... 6

2.1 El territorio palestino ocupado ..... 7
a) Naciones Unidas y la ilegalidad de la ocupación Palestina ..... 7
b) El TJUE y los efectos de la ilegalidad de la ocupación de Palestina y sus asentamientos ..... 13

2.2 El Sáhara Occidental ..... 16
a) Naciones Unidas y la ilegalidad de la ocupación del Sáhara Occidental ..... 16
b) El TJUE y la ilegalidad de la ocupación del Sáhara Occidental ..... 19

3. La participación de empresas en vulneraciones de DDHH y del DIH en Palestina y el Sáhara Occidental ..... 24

3.1 El negocio de la ocupación ..... 24

3.2 Punto de partida: El actual marco jurídico de empresas y derechos humanos ..... 27
a) Regulación sobre Empresas y DDHH a nivel internacional ..... 27
b) Regulación sobre Empresas y DDHH a nivel europeo ..... 31

4. Inexistencia de herramientas jurídicas de investigación y sanción ..... 34

4.1 Instituciones judiciales internacionales: Sin competencia para abordar un grave problema de dimensión internacional ..... 34

4.2 El inexistente marco jurídico estatal de protección de DDHH frente a las vulneraciones de las empresas ..... 35

5. UN NUEVO MARCO NORMATIVO ..... 39

5.1 Propuestas normativas a nivel internacional o comunitario ..... 40

5.2 Propuestas normativas a nivel estatal ..... 42
a) Ley de Diligencia Debida ..... 42
b) Limitación de acceso a fondos públicos: Contratos Públicos, Subvenciones y Convenios ..... 43
c) Limitaciones a la actividad comercial con los asentamiento ilegales ..... 54
d) Otros tipos delictivos que reformar en el Código Penal y el crimen de Apartheid ..... 56

6. CONCLUSIONES ..... 58

# 1. INTRODUCCIÓN

Las corporaciones multinacionales se han convertido en grandes vulneradoras de derechos humanos y en cómplices de vulneraciones del derecho internacional humanitario. Cada vez son más las agencias internacionales, los observatorios ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en general los que investigan, denuncian y aportan pruebas de la comisión de estos de crímenes o de su colaboración en los mismos por parte de este tipo de empresas.

Algunos de los casos más paradigmáticos se producen en Palestina y en el Sáhara Occidental, donde numerosas resoluciones y sentencias de organismos internacionales han declarado que la ocupación de ambos territorios por parte de Israel y Marruecos respectivamente, vulnera el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DDHH) y el derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) de los pueblos de dichos territorios. Las actividades necesarias para hacer efectiva esa ocupación se producen inevitablemente con la colaboración de empresas multinacionales que obtienen ingentes beneficios económicos por ello. Por cuestiones de vecindad, de mercado, de lazos históricos y de otros motivos político-económicos, existe una presencia significativa en ambos territorios de, o bien empresas españolas o bien de otras que operan tanto allí como en nuestro país.

Existe una presencia significativa en el Sahara Occidental Ocupado y el Territorio Ocupado Palestino, o bien empresas españolas o bien de otras que operan tanto allí como en el Estado Español.

Dichas empresas no sólo se lucran con todas las actividades que, de forma directa o indirecta, contribuyen a perpetuar y ampliar la ocupación ilegal, el apartheid en el caso de Palestina, y la consecuente explotación de sus recursos naturales; sino que además son receptoras, con mucha frecuencia, de fondos públicos procedentes del Estado español y de las demás administraciones autonómicas, regionales y locales. Esos ingresos adoptan principalmente la forma de contratos públicos de obras, servicios y suministros, pero también se transfieren mediante la concesión de subvenciones (provenientes con frecuencia de fondos europeos) o la firma de convenios de colaboración con la administración pública. Incluso de forma algo más residual pero igualmente reprobable mediante contratos de patrocinio en los que no hay ganancias directas netas, como es caso de los patrocinios de muchos eventos artísticos y culturales.

Sin embargo, el actual marco jurídico del derecho estatal y europeo no proporciona las herramientas necesarias para sancionar a las empresas que cometen dichas vulneraciones ni para ofrecer una reparación suficiente a las personas que las sufren. Salvo raras excepciones que veremos más adelante, las resoluciones y sentencias de dichos organismos y tribunales existentes a día de hoy se limitan a señalar las actuaciones de los Estados que comenten vulneraciones de derechos humanos, pero no juzgan los actos de complicidad de las empresas sin las cuales, en muchas ocasiones, dichas vulneraciones no se podrían llevar a cabo. La externalización y deslocalización de las actividades empresariales con la consecuente disolución de responsabilidades que facilita el mundo hiperglobalizado y la incapacidad de las instituciones estatales para perseguir esos comportamientos, sobre todo por falta de competencias, complican esa labor. Tampoco ayuda la ausencia de una normativa ambiciosa que dote de competencias a los organismos internacionales de justicia para investigar, procesar y castigar dichas conductas o que permita la creación de nuevas instituciones encargadas de esa tarea.

El presente documento tiene como objetivo hacer una primera revisión del marco jurídico internacional regulador de las ocupaciones de los Territorios Palestinos Ocupados y en el Sáhara Occidental, revisando las resoluciones y sentencias más relevantes emitidas por organismos o tribunales en las que se señalan aquellas conductas ilegales desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Tras ello, se analizarán las disposiciones existentes en los ordenamientos jurídicos internacional y estatal de protección de los DDHH respecto de las vulneraciones de cometidas por empresas y las posibilidades que aquellos ofrecen a los Estados para establecer sanciones. Una vez identificadas las lagunas del sistema, **se propondrán soluciones jurídicas consistentes en una variedad de modificaciones normativas y propuestas de acción a las administraciones de cualquier nivel del Estado para realizar un seguimiento, investigación y sanción de esas conductas y que impida a estas empresas la obtención de fondos públicos.**

# 2. LA ILEGALIDAD DE LA OCUPACIÓN DE PALESTINA Y DEL SÁHARA OCCIDENTAL

Las ocupaciones y actividades conexas del territorio palestino de Cisjordania, incluido Jerusalén oriental, y Gaza por parte de Israel desde el año 1967, y del Sáhara Occidental por parte de Marruecos desde el año 1975 (en la que el España aún juega un papel fundamental en tanto que es considerada potencia administradora del territorio hasta la celebración de un referéndum de autonomía[1]) han sido declaradas ilegales por una extensa serie de resoluciones emanantes de diferentes organismos internacionales; principalmente por la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante, AGNU) y el Consejo de Seguridad pero también por otras instituciones como la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) o, en ciertos aspectos, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

Como se examinará más adelante, a ambos territorios les es de aplicación el DIH, incluyendo la Cuarta Convención de la Haya de 1907, el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y el resto de normativa relevante del derecho internacional consuetudinario, junto con el derecho internacional de los DDHH. Si bien en teoría la ocupación militar de un territorio debe tener carácter temporal y la potencia ocupante debe ser un mero administrador que no adquiere soberanía sobre el mismo[2], la práctica es que la ocupación de ambos territorios se prolonga ya indefinidamente en el tiempo (sin visos de finalizar a corto plazo) y en ambos casos las potencias ocupantes adquieren cada vez una mayor soberanía de los territorios ocupados mediante de una serie de prácticas como la transferencia de población a través de asentamientos permanentes, el derribo y la expropiación de viviendas u otros edificios públicos, la construcción de muros que limitan la circulación de la población, el acceso a sus lugares de origen, residencia o trabajo o a servicios esenciales, o la explotación de los recursos naturales terrestres y marítimos. En el caso de Palestina, la ocupación de 1967 es solamente un elemento más que forma parte del crimen de Apartheid que comete Israel, que está tipificado

1 RUIZ MIGUEL, C (2010) "Las obligaciones de España como potencia administradora del Sáhara Occidental". Anuario Español de derecho internacional Vol. 26

2 Artículos 42 y siguientes del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La Haya, 18 de octubre de 1907

como crimen de lesa humanidad en el artículo 7 del Estatuto de Roma[3]. Las actividades de estas potencias ocupantes encaminadas a ejercer derechos soberanos no sólo viola el DIH, sino que también equivale a una intención de anexar el territorio, en contravención con los principios fundamentales de integridad territorial de los Estados y de no adquisición del territorio mediante el uso de la fuerza, prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas[4] y por el derecho convencional internacional.

Todas estas prácticas que permiten el mantenimiento y la ampliación (territorial y temporal) de la ocupación, y que se realizan en colaboración con empresas multinacionales, también han sido declaradas ilegales conforme al derecho internacional como veremos a continuación.

## 2.1 El territorio palestino ocupado

Al final de la llamada Guerra de los Seis Días, en 1967, Israel asumió el control de Cisjordania, incluido Jerusalén Este, la Franja de Gaza (en adelante, "el territorio palestino ocupado") y los altos sirios del Golán. Desde entonces, en tanto potencia ocupante, Israel ha vulnerado repetidamente el DIH y los DDHH del pueblo palestino y así ha quedado constatado en decenas de resoluciones emitidas por la AGNU y por el Consejo de Seguridad, así como del TJUE, de las cuales se relacionan a continuación las más destacadas.

### a) Naciones Unidas y la ilegalidad de la ocupación Palestina

La primera de todas ellas fue la **Resolución 237** (1967), de 14 de junio, apenas 4 días después de finalizar la guerra, en la que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas consideró de aplicación a los territorios ocupados las obligaciones impuestas por el Cuarto Convenio de Ginebra e instaba al gobierno de Israel a "*garantizar la protección, el bienestar y la seguridad de los habitantes de las zonas donde se han llevado a cabo operaciones militares y a que dé facilidades para el regreso de los que han huido de esas zonas desde que comenzaron las hostilidades*". Por tanto, es posible afirmar que desde esa fecha comienza la ocupación del territorio palestino por parte de Israel. Ocupación que persiste y que, en vez de reducirse, continúa ampliándose a día de hoy más de medio siglo después.

El 22 de noviembre de ese mismo año, también el Consejo de Seguridad aprobó por unanimidad la **Resolución 242** (1967), en la que subrayaba la inadmisibilidad de la adquisición

3 Aunque aún no existe ninguna resolución oficial de ningún organismo internacional a este respecto, son ya más de 47 expertos en Derechos Humanos de Naciones Unidas incluyendo a ex-relatores para los derechos humanos en Palestina y otros lugares del mundo donde se producen vulneraciones de Derechos Humanos, 450 organizaciones de la sociedad civil y ONGs como Amnistía Internacional, Human Right Watch y B`tselem que han definido como Apartheid el régimen de discriminación, segregación y violencia que aplica Israel contra el pueblo palestino.

4 Artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas. San Francisco, 26 de junio de 1945

de territorio por medio de la guerra y pedía la "i) *retirada de las fuerzas armadas israelíes de los territorios que ocuparon durante el reciente conflicto, ii) la terminación de todas las situaciones de beligerancia o alegaciones de su existencia y respeto y reconocimiento de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona*". Además, el Consejo de Seguridad pedía, entre otras cosas, una solución justa para el problema de las personas refugiadas, cuestión que todavía hoy sigue sin resolverse pues la Agencia de Naciones Unidas para la población refugiada de Palestina en Oriente Próximo (en adelante, UNRWA) estima que existen unos 5,6 millones de personas palestinas refugiadas, casi la cuarta parte de la población refugiada del mundo[5].

En 1971, la AGNU adoptó otra importante decisión: la **Resolución 2851**, en base al informe del Comité Especial designado para investigar las prácticas de Israel que afectan a los DDHH de la población de los territorios ocupados. En ella, la Asamblea General lamentaba que las disposiciones del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 no habían sido implementados por Israel y le pedía que detuviera inmediatamente todas aquellas prácticas y políticas que consistentes en "*a) la anexión de los territorios palestinos ocupados, b) el establecimiento de asentamientos en esos territorios y la transferencia de parte de su población civil, c) La destrucción y demolición de aldeas, barrios y casas y la confiscación y expropiación de bienes; d) La evacuación, el traslado, la deportación y la expulsión de los habitantes de los territorios árabes ocupados; e) La denegación del derecho de los refugiados y las personas desplazadas a regresar a sus hogares; f) Los malos tratos y la tortura de prisioneros y detenidos; g) Castigo colectivo*". Además, la AGNU pedía al gobierno de Israel que permitiera *"a todas las personas que hayan huido de los territorios ocupados o hayan sido deportadas o expulsadas de ellos regresar a sus hogares*" y se reafirmaba en que "*todas las medidas adoptadas por Israel para asentar los territorios ocupados, incluida la Jerusalén ocupada, son totalmente nulas*" recalcando nuevamente la ilegalidad de los asentamientos. Por último, la Asamblea General exhortó al gobierno de Israel a que cumpliese "*plenamente las obligaciones que le incumben en virtud del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949*" **confirmando la validez de la aplicación del DIH en el territorio palestino ocupado.**

Respecto de la situación de la ciudad de Jerusalén, no conviene olvidar un par de decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas cuyo tenor sigue vigente a día de hoy pues no ha sufrido ningún pronunciamiento en contrario. La primera de ellas, la **Resolución 298 (1971)** que, además de reiterarse en la inadmisibilidad de la adquisición de territorios por la fuerza, confirmó de manera irrefutable que "*todas las medidas de carácter legislativo y administrativo que haya tomado Israel con el fin de alterar el estatuto de la ciudad de Jerusalén, incluso la expropiación de tierras y bienes, el traslado de habitantes y la legislación destinada a incorporar el sector ocupado, son totalmente nulas y no pueden modificar ese estatuto*". La segunda, la **Resolución 478**

5 https://unrwa.es/nosotros/que-es-unwra/

**(1980)** que, tras la aprobación por parte de Israel de la Ley Básica en virtud de la cual Jerusalén "*en su integridad y unificada*" es la capital de Israel, determinó que la promulgación de esa ley constituía una violación del derecho internacional y que "*todas las medidas y los actos legislativos y administrativos adoptados por Israel, la Potencia ocupante, que han alterado o pretenden alterar el carácter y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén ... son nulos y carentes de valor*".

También aprobada por el Consejo de Seguridad, la **Resolución 446 (1979)** de 22 de marzo de ese año confirmó que la creación de asentamientos por parte de Israel en el territorio palestino ocupado desde 1967 no tiene validez legal y constituye un serio obstáculo para el logro de una paz completa, justa y duradera en el Oriente Medio. Además, el Consejo exigió a Israel que, como potencia ocupante, respetase escrupulosamente el Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra y desistiese *"de adoptar medida alguna que ocasione el cambio del estatuto jurídico y la naturaleza geográfica y que afecte apreciablemente la composición demográfica de los territorios árabes ocupados desde 1967, incluso Jerusalén, y, en particular, que no traslade partes de su propia población civil a los territorios árabes ocupados*". Esta resolución fue adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo que le otorga carácter vinculante para Israel como país signatario de dicha Carta, y afirma "*que el Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra, de 12 de agosto de 1949, es aplicable a los territorios árabes ocupados por Israel desde 1967, incluso Jerusalén*". Ello supone la ilicitud expresa de los asentamientos israelíes en el territorio palestino ocupado, dado que el artículo 49 de dicha Convención establece que "*la Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado*".

La resolución 446 de 1979 fue adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo que le otorga carácter vinculante para Israel como país signatario de dicha Carta (...) Ello supone la ilicitud expresa de los asentamientos israelíes en el territorio palestino ocupado.

No sólo la AGNU o el Consejo de Seguridad se han pronunciado sobre la ilegalidad en el marco del derecho internacional de la ocupación israelí y sus diferentes derivadas como los asentamientos, sino que también la CIJ en su **Opinión Consultiva del año 2004** sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado dictaminó que la construcción de dicho muro y su régimen conexo contravienen el derecho internacional. El CIJ concluyó que Israel estaba obligado a poner fin a la violación de sus obligaciones internacionales, deteniendo de inmediato las obras de construcción del muro, desmantelándolo y revocando los activos legislativos y reglamentarios relativos a

su construcción, así como a reparar los daños y perjuicios causados a todas las personas físicas y jurídicas afectadas. Además, **el CIJ determinó que es obligación de todos los Estados no reconocer la situación ilícita resultante de la construcción del muro, no prestar ayuda ni asistencia para mantener la situación creada por esa construcción y hacer que Israel respete las reglas del DIH incorporadas al Cuarto Convenio de Ginebra de 1949.** Esas fueron sus conclusiones principales, pero existen también numerosas afirmaciones en la opinión consultiva del Tribunal que merece la pena destacar. Por ejemplo, el Tribunal reitera la ilegalidad de los asentamientos, o la vulneración de los artículos 46 a 52 de las Reglas de la Haya de 1907 y el artículo 53 del Cuarto Convenio de Ginebra relativos todos a la destrucción o expropiación de bienes (apartado 132). También señala que la construcción del muro y su régimen conexo obstaculizan la libertad de circulación de los habitantes del territorio palestino ocupado garantizada en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el ejercicio, por parte de las personas afectadas, del derecho al trabajo, la salud, la educación y un nivel de vida adecuado, proclamados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (apartado 134), por citar solo algunos ejemplos.

La construcción del muro y las consecuentes explotaciones ilegales de los recursos naturales existentes en el territorio palestino ocupado también ha sido puesta de manifiesto en diversas resoluciones o informes surgidos de nuevo las Naciones Unidas. En concreto, en el año 2003, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en el territorio palestino ocupado afirmó que "*buena parte de las tierras que quedan en el lado israelí del muro son fértiles tierras de cultivo y en ellas se encuentran algunos de los más importantes pozos de agua de la región*", añadiendo que "*durante la edificación de esta barrera se han destruido muchos frutales y olivos*"[6]. En esa línea, ese mismo año el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación señaló que la construcción del muro aísla a los palestinos de sus tierras de cultivo, pozos y medios de subsistencia[7].

De forma más rotunda se pronunciaría la AGNU, en su **Resolución 66/225 (2011)** relativa también a los recursos naturales del pueblo palestino cuando exigió a Israel que pusiese "*fin a la explotación, los daños, la causa de la pérdida o el agotamiento y la puesta en peligro de los recursos naturales en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental, y en el Golán sirio ocupado*", así como a todas las acciones que dañan el medio ambiente, incluido el vertido de desechos en el territorio palestino ocupado, que amenazan gravemente su naturaleza, recursos hídricos y terrestres, que representan una amenaza para el medio ambiente, el saneamiento y la salud de la población civil. También exigió la AGNU que Israel detuviera la destrucción de "*la infraestructura vital, incluidas las tuberías de agua*

6 E/CN.4/2004/6, 8 de septiembre de 2003, párr. 9

7 Informe del Relator de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Jean Ziegler, "El derecho a la alimentación", adición, Misión a los Territorios Palestinos Ocupados, E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 de octubre de 2003, párr. 49.

*y las redes de alcantarillado*", reconociendo el derecho del pueblo palestino a reclamar la restitución de dichos daños. Además de reiterar que "*el muro y los asentamientos que está construyendo Israel en el territorio palestino ocupado, incluso en Jerusalén Oriental y sus alrededores, son contrarios al derecho internacional y están privando gravemente al pueblo palestino de sus recursos naturales*", solicitó a Israel que cumpliera con las obligaciones legales afirmadas en la opinión consultiva de la CIJ de 2004 y en las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas, incluida la resolución ES-10/15 de la Asamblea General.

Es interesante resaltar la **Resolución 19/17 (2012)** aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de la AGNU en la que, además de reafirmar nuevamente la ilegalidad de las actividades israelíes de asentamientos en el territorio palestino ocupado conforme al derecho internacional y que dichas actividades constituyen vulneraciones muy graves del DIH, el Consejo expresaba su preocupación por "*la decisión de Israel de establecer y administrar una línea de tranvías entre Jerusalén Occidental y el asentamiento israelí de Pisgat Zeev en contravención clara del derecho internacional y de las resoluciones pertinentes de Naciones Unidas*". **Esta línea de tranvías está siendo construida en la actualidad por un consorcio de empresas internacionales entre las que se encuentra la sociedad española CAF, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A.** Sobre este tipo de actividades ilegales, en las que concurren necesariamente la colaboración de empresas privadas para su realización, se formularán precisiones más adelantes.

> La expresión de la obligación del resto de Estados de la comunidad internacional de no reconocer, no prestar ayuda ni asistencia (...) supone la confirmación de una serie de obligaciones para los Estados en relación con las empresas que operan en su territorio.

La **Resolución 2334 (2016)** adoptada por el Consejo de Seguridad el 23 de diciembre de 2016, es quizá la más reciente en la que el Consejo de Seguridad ha reiterado nuevamente y con absoluta claridad jurídica «*que el establecimiento de asentamientos por parte de Israel en el territorio palestino ocupado desde 1967, incluida Jerusalén Oriental, no tiene validez legal*» expresando su "*grave preocupación por el hecho de que la continuación de las actividades de asentamiento israelíes están poniendo en peligro la viabilidad de la solución de dos estados basada en las fronteras de 1967*". Si bien respecto de estas dos cuestiones no existe ninguna duda en cuanto a su ilegalidad y a cuáles son las inamovibles posturas de los distintos organismos internacionales, la Resolución 2334 reviste especial interés porque "*exhorta a todos los Estados a que (…) establezcan una distinción en sus relaciones pertinentes entre el territorio de Israel y los territorios ocupados desde 1967*". Esta expresión de la obligación del resto de Estados

de la comunidad internacional de no reconocer, no prestar ayuda ni asistencia ya comentada por el CIJ en su opinión consultiva del 2004, aparece por primera vez reflejada en una resolución del Consejo de Seguridad respecto de la ocupación israelí y supone la confirmación de una serie de obligaciones para los Estados en relación con las empresas que operan en su territorio. Ello se debe, principalmente, a que **las decisiones del Consejo de Seguridad tienen carácter vinculante para todos los estados de la comunidad internacional,** en base a lo establecido en el artículo 25 de la Carta de Naciones Unidas, que señala que "*Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta*".

Pero sin duda, a los efectos del presente estudio, a la hora de determinar la responsabilidad que las empresas tienen en la comisión de estas graves vulneraciones de DDHH y del DIH, la decisión más relevante sobre Palestina (y quizá la única hasta el momento emitida por un organismo internacional) es la **Resolución 31/36 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de marzo de 2016**. En ella, el Consejo de Derechos Humanos, basándose en las antes mencionadas Opinión Consultiva del CIJ sobre el muro y en la Resolución 19/17 (2002), en la aplicabilidad del Convenio de Ginebra, en la reiterada ilegalidad de las actividades de asentamientos, y en muchas otras resoluciones y declaraciones realizadas por los distintos organismos de las Naciones Unidas pero sobre todo, en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos aprobados en el año 2011 que atribuyen a todas las empresas comerciales la responsabilidad de respetar los DDHH, solicitó "*al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que, en estrecha consulta con el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, en seguimiento del informe de la misión internacional independiente de investigación de las repercusiones de los asentamientos israelíes en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del pueblo palestino en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y como medida necesaria para la aplicación de la recomendación que figura en el párrafo 117 del mismo, elabore una base de datos de todas las empresas que participan en las actividades detalladas en el párrafo 96 del citado informe, que deberá actualizarse anualmente*".

Como consecuencia de esta Resolución, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, la ACNUDH) presentó en el 43ª periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos del año 2020, un informe sobre la situación de los DDHH en Palestina y otros territorios árabes ocupados, acompañado de una base de datos de todas las empresas que participan en las actividades detalladas en el párrafo 96 del informe de la misión internacional independiente de investigación de las repercusiones de los asentamientos israelíes en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del pueblo palestino en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental. La ACNUDH determinó que 112 de las 188 empresas evaluadas finalmente participaban en una o más de las actividades ligadas a los asentamientos ilegales. Sobre esta Resolución, sobre el informe de la ACNUDH y la base de datos de empresas profundizaremos más adelante.

## b) El TJUE y los efectos de la ilegalidad de la ocupación de Palestina y sus asentamientos

En la Unión Europea (en adelante, UE), las instituciones judiciales también se han pronunciado en algunas ocasiones respecto de las repercusiones que tiene, a nivel económico y de mercado interior de la UE, la existencia de intercambios comerciales con el territorio ocupado palestino. En su sentencia de 25 de febrero de 2010 **(Asunto C-386/08)**, el TJUE tuvo que decidir respecto de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal económico alemán (Finanzgericht Hamburg) en la que se discutía la interpretación más ajustada al derecho comunitario de algunos preceptos del Acuerdo euromediterraneo firmado entre la UE e Israel en noviembre de 1995, teniendo en cuenta el Acuerdo euromediterráneo interino de asociación en materia de comercio y cooperación entre la Comunidad Europea y la Organización para la Liberación de Palestina (en adelante, OLP).

La aclaración solicitada al TJUE se presentó en el marco de un litigio aduanero entre empresa alemana Brita GmbH y la administración aduanera del puerto de Hamburgo, relativo a la decisión de éste de denegar a la empresa la importación de productos fabricados en Cisjordania en régimen preferencial. La empresa Brita GmbH se dedicaba a la importación de siropes y dispensadores de agua con gas y sus accesorios, que eran fabricados por un proveedor israelí, Soda-Club Ltd, cuya fábrica está instalada en Mishor Adumin, Cisjordania, al este de Jerusalén. La empresa alemana solicitó que se aplicara la preferencia arancelaria prevista en el Acuerdo de Asociación CE-Israel a las mercancías importadas, indicando que se trataban de productos originarios de Israel. La administración aduanera alemana concedió de manera provisional la preferencia arancelaria solicitada, pero incoó un procedimiento de comprobación a posteriori. La aduana alemana solicitó a la autoridad aduanera israelí que indicara como información complementaria si las mercancías habían sido fabricadas en asentamientos israelíes en el territorio palestino ocupado. **Al quedar sin respuesta dicha solicitud, las autoridades aduaneras alemanas denegaron el régimen preferencial concedido con anterioridad, ya que no podía demostrarse con certeza que las mercancías importadas estuvieran comprendidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo CE-Israel**. Si bien la decisión se limitó a una cuestión puramente económico-aduanera, el Tribunal sentenció que las autoridades aduaneras israelíes no podían determinar el origen de las mercancías como "israelíes" y que, por tanto, no les era de aplicación las preferencias de su acuerdo comercial; es decir, que expresamente el Tribunal se negó a reconocer la soberanía israelí sobre aquellas actividades económicas que tenían lugar en los asentamientos cuando afirmaba que la UE "*considera que los productos obtenidos en localidades situadas bajo la administración israelí desde 1967 no tienen derecho al régimen preferencial definido en dicho Acuerdo*", conforme ya había venido interpretando la ONU en las distintas resoluciones que hemos analizado previamente. Según el TJUE, la autoridad aduanera alemana obró correctamente abriendo una investigación a posteriori sobre el origen de los productos.

Las competencias de las instituciones judiciales europeas están reguladas en el artículo 19.3 del Tratado de la Unión Europea y se encuentran reducidas, *grosso modo*, a recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas, o a la interpretación del derecho comunitario. Por tanto, no existen pronunciamientos directos respecto de incumplimientos de DDHH y menos del DIH fuera de las fronteras de la Unión. Sin embargo, como hemos visto en la sentencia anterior, los tribunales pueden determinar cómo esas situaciones de vulneración de la legalidad internacional tienen un impacto en el derecho de los consumidores, en el derecho de la competencia o en el funcionamiento del mercado interior. Y en la misma línea que la sentencia anterior, se debe destacar un pronunciamiento más reciente del **TJUE (asunto C-363/18)**, también respecto de una interpretación del derecho de la UE solicitada por el Consejo de Estado francés, que básicamente preguntó al TJUE si resultaba obligatorio incluir la mención al origen de un producto cuando éste procede de un territorio ocupado por el Estado de Israel desde 1967 y si además la mención debe aclarar que el producto procede de un asentamiento israelí. En el caso de autos, la información debía o no constar en la etiqueta de determinados productos alimentarios y el tribunal fue muy tajante en su respuesta indicando que ambas menciones (al territorio ocupado y al asentamiento) son obligatorias, puesto que los consumidores deben tener toda la información necesaria a la hora de decidir[8]. Sin embargo, más allá de la decisión con efectos puramente económicos o de mercado, es interesante destacar algunas ideas que recoge la sentencia.

> Los Tribunales pueden determinar cómo las situaciones de vulneración de la legalidad internacional tienen un impacto en el derecho de los consumidores, en el derecho de la competencia o en el funcionamiento del mercado interior.

En primer lugar, el Tribunal cita una nota interpretativa de la Comisión Europea, que sirve como fundamento a su decisión final, sobre la indicación del origen de las mercancías procedentes de los territorios ocupados por Israel desde junio de 1967. En ella, la Comisión afirma que "*la Unión Europea, ateniéndose al Derecho internacional, no reconoce la soberanía de Israel sobre los territorios ocupados por este país desde junio de 1967, a saber, los Altos del Golán, la Franja de Gaza y Cisjordania, incluido Jerusalén Este, y no los considera parte del territorio israelí*" y que "*el propósito es también garantizar el respeto de las posturas y los compromisos de la Unión con arreglo al Derecho internacional acerca del no reconocimiento por parte de la Unión de la soberanía de Israel sobre los territorios ocupados por este país desde junio de 1967*"[9].

8 DO 2015, C 375, p.4. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2015:375:FULL&from=ES

9 Ibíd., p.4.

Pero en segundo lugar, y quizá más importante, el TJUE hace suyos los argumentos del CIJ en su opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, afirmando en su fundamento jurídico 48 que "*los asentamientos establecidos en algunos de los territorios ocupados por el Estado de Israel se caracterizan por el hecho de materializar una política de traslado de población que este Estado aplica fuera de su territorio, en contravención de las normas del Derecho internacional humanitario general. (…) En este contexto, ha de subrayarse que, de conformidad con el artículo 3 TJUE, apartado 5, la Unión contribuirá al estricto respeto del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas*." Es decir que, **si bien no es competencia del TJUE pronunciarse sobre la situación de ilegalidad de los asentamientos, éste ha sido uno de los argumentos fundamentales a la hora de interpretar la cuestión planteada en el asunto sobre la irregularidad en el etiquetado de dichos productos**. Eso sí, se debe señalar también ciertas contradicciones en su argumentación. Especialmente cuando en su fundamento jurídico 56 afirma que "*el hecho de que un alimento provenga de un asentamiento establecido infringiendo las normas del Derecho internacional humanitario puede ser objeto de evaluaciones de orden ético que pueden influir en las decisiones de compra de los consumidores, tanto más que algunas de esas normas constituyen normas esenciales del Derecho internacional*". Se contradice el propio tribunal cuando afirma, por un lado, que el hecho de que un determinado alimento provenga de un asentamiento contraviene el DIH y por otro, que se trata de una cuestión "ética".

Si un producto ha sido elaborado en un asentamiento que ha sido calificado como ilegal por el Derecho Internacional la comercialización de ese producto también es, consecuentemente, contraria al derecho internacional y por tanto reprobable y sancionable, pero no sólo desde un punto de vista ético sino legal.

**Si un producto ha sido elaborado en un asentamiento que ha sido calificado como ilegal por el Derecho Internacional** (y eso es extensible a un servicio o a cualquier actividad económica que allí se haya producido) **la comercialización de ese producto también es, consecuentemente, contraria al derecho internacional y por tanto reprobable y sancionable, pero no sólo desde un punto de vista ético sino legal**.

## 2.2 El Sáhara Occidental

En lo referente al Sáhara Occidental, los organismos y las instituciones judiciales internacionales han sido igual de contundentes y reiterativos a la hora de reconocer el Derecho a la autodeterminación del Sáhara Occidental, la obligación de la comunidad internacional (sobre todo de Marruecos y España) de convocar un referéndum para hacer efectivo ese derecho y la ilegalidad de la ocupación del territorio por parte de Marruecos[10].

### a) Naciones Unidas y la ilegalidad de la ocupación del Sáhara Occidental

Desde el año 1960, **han sido más de 130 las resoluciones emitidas por la AGNU en las que, de forma directa o indirecta, se han condenado las vulneraciones del DIH que viene sufriendo el pueblo saharaui, especialmente desde 1975 por parte de la potencia ocupante del territorio.**

La primera de todas ellas tuvo lugar en diciembre de 1960, en la 947ª Sesión Plenaria de la AGNU donde se adoptó la **Resolución 1514 (XV)** "Declaración sobre el Otorgamiento de la Independencia a los Pueblos y Países Coloniales" en la que por primera vez se reconocía el derecho a la libre determinación de los pueblos. La Resolución afirmaba que, en virtud de este derecho, los pueblos *"determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*", y que "*la sujeción de los pueblos a subyugación, dominio y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales*", es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz mundial.

> Aunque la ocupación marroquí del territorio no se produce hasta finales de 1975, es desde aquel entonces cuando se hace efectivo el derecho a la autodeterminación para el Territorio no Autónomo del Sáhara Occidental, que seguía pendiente de descolonización

Resulta altamente importante esta Resolución pues es la base jurídica a partir de la cual el pueblo saharaui ha visto reconocidos sus derechos en el marco jurídico internacional del DIH. En el punto 5 de la misma, la Asamblea General afirma que "*En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberá tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con*

10 Disponible online en https://www.usc.es/es/institutos/ceso/res_onu_ag.html Consultado el 31 de enero de 2022

*su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas*". En 1963, cuando aún era colonia española, el Sáhara Occidental fue incluido por Naciones Unidas en el listado de Territorios no Autónomos pendiente de descolonización[11], y aunque la ocupación marroquí del territorio no se produce hasta finales del año 1975, es desde aquel entonces cuando se hace efectivo el derecho a la autodeterminación para el Territorio no Autónomo del Sáhara Occidental, que seguía pendiente de descolonización.

Con posterioridad, **ese derecho a la autodeterminación alcanzó el grado de derecho convencional internacional, el máximo nivel de reconocimiento dentro de las fuentes del derecho internacional de los DDHH**, cuando pasa a formar parte de la Carta de las Naciones Unidas en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU a través de la **Resolución 2200 A (XXI)**, en 1966[12].

> *"1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.*
>
> *2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.*
>
> *3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas."*[13]

Desde entonces y hasta el día de hoy, no se ha celebrado dicho referéndum, y su bloqueo por parte de los Estados implicados en la organización del mismo (España y Marruecos) supone una vulneración flagrante de los DDHH del pueblo saharaui, a pesar de que son numerosas las resoluciones de la AGNU las que exigen expresamente su celebración lo antes posible. Las primeras y más destacadas son la **Resolución 2072 (XX)** de 16 de

11 CFB, DAZA F. (Eds.), CODINA, F., DÍAZ-BODOQUE, C.; SERRA, X.; y SIERRA, J. (2019). Los tentáculos de la ocupación: Informe sobre la explotación de los recursos pesqueros del Sáhara Occidental en el marco de la ocupación del Estado marroquí. Observatorio de Derechos Humanos y Empresas; Shock Monitor. Barcelona

12 El Pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue ratificado por España en 1977. «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977. Disponible online en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-10733

13 El Reino de Marruecos ratificó en 1977 el PIDCP, asumiendo, por lo tanto, el artículo 1 que involucra directamente la cuestión del Sáhara Occidental Ocupado. Disponible online en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=117&Lang=es

diciembre de 1965, que pide "*encarecidamente*" a España que "*como potencia administradora adopte inmediatamente todas las medidas necesarias para la liberación de los territorios del Ifni y del Sáhara Español de la dominación colonial*"; y sobre todo la **Resolución 2229 (XXI)**, del 20 de diciembre de 1966 que insiste en el proceso de descolonización e invita a la potencia administradora (España) en consulta con los gobiernos de Marruecos y Mauritania a celebrar un referéndum bajo los auspicios de las Naciones Unidas "*con miras a permitir a la población autóctona del territorio que ejerza sin trabas su derecho a la libre determinación*".

En el año 1975 se produce un declive en cuanto a la situación de los derechos del pueblo saharaui. El 6 de noviembre se inicia la invasión y ocupación del Sáhara Occidental por parte de Marruecos mediante la movilización de casi 300.000 colonos marroquíes en la llamada "marcha verde", iniciando una ocupación que perdura hasta el día de hoy y que se consolida a cada día que pasa. El 14 de noviembre de 1975 se firmaron los llamados "Acuerdos de Madrid" en los que España reiteró su intención de descolonizar el Sáhara "*poniendo término a las responsabilidades y poderes que tiene sobre dicho territorio como potencia administradora*» creando una administración temporal hasta su retirada final en 1976.

Apenas unos días antes, el 16 de octubre de 1975, la CIJ había emitido una **opinión consultiva** a instancias de la AGNU sobre si el Sáhara Occidental era o no un territorio sin dueño (*terra nullius)* antes de la colonización por parte de España, y si había algún tipo de vínculo legal entre el Sáhara Occidental y el Reino de Marruecos y Mauritania. El CIJ no solo declaró que el Sáhara Occidental no era terra nullius, sino que llegó a la conclusión de que no existía ningún vínculo de soberanía con Marruecos ni con la actual Mauritania y que por tanto, no existían "*vínculos jurídicos capaces de modificar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en lo que se refiere a la descolonización del Sáhara Occidental y en particular al principio de la libre determinación mediante la expresión libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones del territorio*"[14].

Irónicamente, el 10 de diciembre de 1975, la AGNU aprobó, con el voto favorable de España, Marruecos y Mauritania, la **Resolución 3458 B**, en la que se reafirmaba "*el derecho inalienable de todas las poblaciones saharianas originarias del territorio a la libre determinación*" y se pedía a las partes "*una consulta libre organizada con el concurso de un representante de las Naciones Unidas designado por el secretario general*".

No obstante, y tal y como estableció Naciones Unidas, **el Acuerdo de Madrid no alteró el estatuto jurídico internacional del Sáhara Occidental, ni supuso cesión alguna de soberanía sobre el mismo**. Y ello pese a que en febrero de 1976 España comunicó al Secretario General de la ONU que había puesto punto final a su presencia allí y renunciaba a sus responsabilidades sobre el territorio. **España sigue, por tanto, siendo la Potencia Administradora conforme al derecho internacional**. Lo cual

14 Disponible en: https://www.dipublico.org/cij/doc/61.pdf

implica informar periódicamente a Naciones Unidas sobre la situación en el territorio, adoptar medidas eficaces para salvaguardar y garantizar el derecho inalienable del pueblo saharaui respecto a sus recursos naturales, y velar para que la explotación de los mismos no contravenga las resoluciones pertinentes de la AGNU y no afecte negativamente a los intereses del pueblo saharaui[15]. España, por tanto, tiene las obligaciones recogidas en los artículos 73 y 74 de la Carta de Naciones Unidas como por cierto ha ratificado la Audiencia Nacional, en un auto de 2012[16].

Desde entonces, Marruecos ha hecho caso omiso a los diversos requerimientos tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad que le instan a cumplir con la legalidad internacional. Son numerosas las resoluciones de ambos organismos desde 1975 hasta la fecha en la que se reitera el derecho a la libre determinación del pueblo saharaui mediante la celebración de un referéndum, si bien una de las más relevantes fue la **Resolución 34/37 (1979)** de la AGNU la cual proclamó "*el derecho inalienable del pueblo del Sáhara Occidental a la libre determinación y a la independencia"* pidiendo expresamente al gobierno de Marruecos que pusiera fin a la ocupación. Desde entonces y hasta la fecha, prácticamente cada año la Asamblea General adopta una resolución recordando esos elementos y pidiendo una resolución pacífica y justa de la ocupación[17].

## b) El TJUE y la ilegalidad de la ocupación del Sáhara Occidental

Al igual que ha sucedido con el territorio palestino ocupado, el TJUE también ha tenido la ocasión de pronunciarse en los últimos años sobre los efectos que produce la ocupación y sus actividades conexas en las relaciones comerciales entre la UE y en este caso Marruecos. La primera de las decisiones judiciales es la relativa al **asunto C-104/16 P**, del 21 de diciembre de 2016, en el que el TJUE debía decidir en casación sobre la sentencia emitida en primera instancia por el Tribunal General de la UE en la que se anulaba la Decisión 2012/497/UE[18] del Consejo que establecía ciertas medidas de liberación del comercio de productos agrícolas entre las UE y Marruecos, y que modificaba el Acuerdo de Asociación vigente entre ambas partes desde el año 2000[19] con la aprobación de la

15 Mundubat. 2020 «Derechos humanos y empresas transnacionales en el Sáhara Occidental: Estudio de caso sobre la producción de tomate en la región de Dakhla» Disponible online en https://www.mundubat.org/proyecto/estudio-sobre-la-produccion-de-tomate-en-la-region-de-dakhla/ Consultado el 3 de febrero de 2022

16 CFB, DAZA F. (Eds.), CODINA, F., DÍAZ-BODOQUE, C.; SERRA, X.; y SIERRA, J. (2019). Los tentáculos de la ocupación: Informe sobre la explotación de los recursos pesqueros del Sáhara Occidental en el marco de la ocupación del Estado marroquí. Observatorio de Derechos Humanos y Empresas; Shock Monitor. Barcelona. Disponible online en http://www.odhe.cat/es/los-tentaculos-de-la-ocupacion/

17 Algunas de las resoluciones y sentencias mencionadas en este apartado, han sido recopiladas recientemente en el portal https://www.sossahara.org/pages/portal_es.

18 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:JOL_2012_241_R_0002_01

19 2000/204/CE, CECA: Decisión del Consejo y de la Comisión, de 24 de enero de 2000, relativa a la celebración del Acuerdo euro mediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32000D0204

Decisión 2000/204/CE. En primer instancia, el Tribunal General de la Unión Europea (en adelante, TGUE) había sentenciado que "*el Consejo (de la UE) tenía la obligación, cuando se propusiera aprobar un acuerdo que se pudiera aplicar a un «territorio en disputa», como el Sáhara Occidental, y que pretendiera facilitar la exportación a la Unión de productos originarios de este territorio, (...) de asegurarse de que la explotación de estos productos no se hiciera en detrimento de la población de dicho territorio y no implicara la vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas. El Tribunal General señaló que el Consejo había incumplido esta obligación*" (apartados 223 y 227 de la sentencia del TGUE y 47 de la sentencia posterior del TJUE).

El TJUE, de manera controvertida, anuló la sentencia de primera instancia, manteniendo la validez de los Acuerdos, tal como pedían el Consejo de la UE y los gobiernos de España, Francia, Portugal, Alemania y Bélgica. Sin embargo, de forma paradójica, los argumentos utilizados para mantener la validez de dichos acuerdos se basaban fundamentalmente en que el Sáhara no forma parte del ámbito de aplicación de los mismos. El Frente Polisario había conseguido en primera instancia anular la validez de los acuerdos comerciales y aunque perdió la batalla en casación, el argumento esgrimido por la Gran Sala del TJUE fue precisamente que esos acuerdos no le podían afectar porque "*considerar que el territorio del Sáhara Occidental está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo de Asociación es contrario al principio de Derecho internacional*" (apartado 107). Es decir, los Acuerdos siguieron vigentes, pero se obtuvo el reconocimiento judicial de que no podían tener impacto en el territorio del Sáhara Occidental porque éste no forma parte de Marruecos. Si bien sobre la práctica continuaría la explotación de sus recursos, se lograba un reconocimiento sin precedentes por parte de una institución de la UE de la ilegalidad de la ocupación.

> El TJUE mantuvo los Acuerdos comerciales entre la UE y Marruecos vigentes, pero se obtuvo el reconocimiento judicial de que no podían tener impacto en el Sáhara Occidental porque éste no forma parte de Marruecos.

Un par de años más tarde, el TJUE volvió a pronunciarse, esta vez sobre la validez del acuerdo de pesca entre la UE y Marruecos aprobado mediante el Reglamento (CE) nº 764/2006 del Consejo[20]. En el asunto **C-266/16**, el TJUE resolvió dos cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido, que solicitaba aclaración sobre si el Acuerdo de Colaboración y el Protocolo de 2013 permitan la explotación de los recursos procedentes de las aguas

20 Reglamento (CE) n o 764/2006 del Consejo, de 22 de mayo de 2006, relativo a la celebración del Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos. Disponible online en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32006R0764

adyacentes al territorio del Sáhara Occidental y si, por tanto, ello suponía la ineficacia del Reglamento 764/2006, de la Decisión 2013/785 y del Reglamento 1270/2013 que regulan dicho acuerdo y dicho protocolo. El Tribunal se pronunció en la misma línea en la que lo había hecho en 2016 respecto del asunto C-104/16 P. Insistió en que "*el territorio del Sáhara Occidental no está comprendido en el concepto de «territorio de Marruecos*" (apartado 64) y que por tanto, y en una afirmación jurídicamente incomprensible, "*las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental no están comprendidas en la expresión «las aguas bajo soberanía o jurisdicción del Reino de Marruecos»*" puesto que "*el Reino de Marruecos ha negado categóricamente ser potencia ocupante o potencia administradora del Sáhara Occidental*" (apartado 72). Por tanto, el Tribunal no entró a valorar la eficacia de los Reglamentos y Decisiones mencionados ni la segunda cuestión prejudicial porque entendió que el Tribunal Supremo británico planteó su cuestión partiendo de la premisa errónea de que el Acuerdo y el Protocolo permitían la explotación de los recursos existentes en las aguas adyacentes del Sáhara Occidental. Resulta sorprendente la línea jurídica que sigue el TJUE, en la que, en una sorprendente omisión de la realidad y de las Resoluciones adoptadas por organismos internacionales como Naciones Unidas, determina la validez de los acuerdos asumiendo como veraz la afirmación por parte de Marruecos de que éste no ocupa el Sáhara Occidental.

Como se resume en el apartado 83 de la sentencia "*de conformidad con las normas de Derecho internacional que vinculan a la Unión y que son de aplicación a las relaciones de la Unión con el Reino de Marruecos, el Acuerdo de Colaboración y el Protocolo de 2013 se interpretarán en el sentido de que las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental no están comprendidas en los ámbitos territoriales de aplicación respectivos (...)*". Parece una contradicción en sí misma afirmar que el Derecho Internacional es de aplicación a las relaciones con Marruecos y al mismo tiempo negar las decenas de resoluciones de Naciones Unidas o la opinión consultiva de la CIJ en la que se recuerda el derecho a la libre determinación del pueblo saharaui. Difícilmente un pueblo puede ejercer ese derecho si no existe una potencia ocupante de la que liberarse.

Recientemente, el 29 de septiembre de 2021, se han publicado simultáneamente dos nuevas sentencias del TGUE relativas a los Acuerdos de Asociación y de Colaboración de Pesca Sostenible ratificados entre la UE y Marruecos en los que el Tribunal ha dado la razón al pueblo saharaui. En el **asunto T-279-19** el Frente Polisario solicitaba la anulación de la Decisión 2019/217 del Consejo[21], relativa a la modificación de los Protocolos n.º 1 y n.º 4 del Acuerdo Euromediterráneo de Asociación UE-Marruecos. Durante las negociaciones de ambos protocolos, el Consejo de la UE pidió que la Comisión Europea y Marruecos acordaran una base jurídica para conceder las preferencias arancelarias

21 Decisión (UE) 2019/217 del Consejo, de 28 de enero de 2019, relativa a la celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre la modificación de los Protocolos n°1 y n°4 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32019D0217

previstas por el Acuerdo de Asociación a los productos originarios del Sáhara Occidental para poder proceder a su exportación (apartado 50.6 de la sentencia). Así fue, y así se materializó en el texto final de los acuerdos, mediante una Declaración común que ampliaba a los productos originarios del Sáhara Occidental «sometidos al control de las autoridades aduaneras marroquíes» el beneficio de las preferencias comerciales concedidas a los productos de origen marroquí exportados a la UE (apartado 76). El Frente Polisario basó sus argumentos para anular la modificación de los protocolos precisamente en las sentencias comentadas en los párrafos anteriores y que no le habían resultado del todo favorables, defendiendo que las mismas excluían expresamente al territorio del Sáhara de la aplicación de dichos acuerdos y argumentando que "*al aprobar el Acuerdo controvertido sin el consentimiento de dicho pueblo (...) el Consejo (…) incumplió las obligaciones que incumbían a la Unión en el marco de sus relaciones con el Reino de Marruecos, en virtud del Derecho de la Unión y del Derecho internacional*" (apartado 77).

El TGUE construye sus conclusiones en torno al concepto de "consentimiento" y señala tres elementos fundamentales que deberían integrar el consentimiento por parte de un tercero para la celebración y afectación de un acuerdo comercial como el que se impugnaba: **el primero, que hasta que no existe el consentimiento el acuerdo no es válido, el segundo que el consentimiento debe darse de forma "libre y auténtica"; y el tercero que** "ese acto es oponible a la parte o al tercero que haya dado válidamente su consentimiento al respecto" (apartado 325). En esa línea, y sosteniendo los argumentos dados por el Frente Polisario, el TGUE afirma que "*no consta que, aparte del demandante, las partes consultadas por la Comisión puedan considerarse «órganos representativos» del pueblo del Sáhara Occidental*." Los argumentos dados por el Consejo en los que afirmaba que había consultado a líderes electos locales, a organizaciones no gubernamentales y operadores económicos son rechazados por el Tribunal como representativos del pueblo saharaui: "*De los anteriores apartados 371 a 383 se desprende que no cabe considerar que las consultas realizadas a petición del Consejo por la Comisión y por el SEAE permitieran obtener el consentimiento del pueblo del Sáhara Occidental al Acuerdo controvertido con arreglo al principio de efecto relativo de los tratados (…)*" (apartado 384). De esta forma, ante la falta de un consentimiento dado por el pueblo saharaui, el Tribunal decidió anular la Decisión 2019/217 de manera que Marruecos no podrá aplicar preferencias arancelarias a los productos provenientes del Sáhara Occidental. Con un efecto parecido al de las dos primeras sentencias analizadas, es posible que continúe la explotación de los productos pesqueros del Sáhara, pero en este caso Marruecos no se podrá beneficiar de un trato comercial preferente.

La otra sentencia respecto de los **asuntos acumulados T-344/19 y T-356/19** solicitaba la anulación, respectivamente, de la Decisión (UE) 2019/441 del Consejo, de 4 de marzo de 2019, relativa a la celebración del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la UE y el Reino de Marruecos, de su Protocolo de aplicación y del Canje de Notas adjunto al Acuerdo por un lado, y del Reglamento (UE) 2019/440 del Consejo, de 29 de noviembre de 2018, relativo al reparto de las posibilidades de pesca

en virtud del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos y de su Protocolo de aplicación[22] por otro lado.

Usando la misma argumentación que en la sentencia anterior, el Tribunal consideró que no se había solicitado el preceptivo consentimiento de una de las partes fundamentales en los Acuerdos como era el pueblo saharaui y que en las consultas recabadas por las instituciones europeas "*no se efectuaron ante «órganos representativos» del pueblo del Sáhara Occidental, sino, a lo sumo, ante «partes interesadas»*" (apartados 360 y 361). El Frente Polisario invocó hasta once motivos por los cuales los Acuerdos de Pesca entre la UE y Marruecos debían invalidarse, pero el Tribunal apenas se pronunció sobre dos de ellos, ambos relacionados con cuestiones procedimentales o formales. Al considerar válido uno de los dos (la falta de consentimiento) el TGUE no entró a valorar el resto de ellos. Resulta altamente decepcionante que una institución de justicia como ésta desaproveche la ocasión para pronunciarse sobre si las instituciones europeas ignoraron su obligación de cerciorarse respeto de los DDHH y del DIH del pueblo saharaui; si se produjo una vulneración de los derechos fundamentales, como principios y valores que deben orientar la acción exterior de la Unión o si se vulneraron el derecho a la autodeterminación, el DIH o las obligaciones de la Unión en virtud del Derecho de la responsabilidad internacional (apartado 269). En cualquier caso, es innegable que el resultado de la sentencia es que el pueblo saharaui ostenta la soberanía sobre sus recursos y que cualquier intento de explotación o comercialización de los mismos sin su autorización es contrario al Derecho de la UE y al Derecho Internacional.

El resultado de la sentencia del TGUE es que el pueblo saharaui ostenta la soberanía sobre sus recursos y que cualquier intento de explotación o comercialización de los mismos sin su autorización es contrario al Derecho de la UE y al Derecho Internacional.

22 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62019TJ0344&from=es

# 3. LA PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS EN VULNERACIONES DE DDHH Y DEL DIH EN PALESTINA Y EL SÁHARA OCCIDENTAL

## 3.1 El negocio de la ocupación

Ha quedado nítidamente demostrado en el apartado anterior que el mantenimiento y la ampliación de las ocupaciones de Palestina y del Sáhara Occidental, así como sus actividades conexas son ilegales conforme al derecho internacional, tal como lo ratifican el amplio número de resoluciones y sentencias que se han examinado. Sin embargo, esas vulneraciones del DIH y las ocupaciones ilegales de territorios cuyos pueblos gozan del derecho a la autodeterminación no tienen consecuencias exclusivamente políticas o de pérdida de soberanía, sino que existe un componente económico fundamental que condiciona esos sistemas de ocupación y que incluso es necesario para perpetuarlas. Es el llamado "negocio de la ocupación" del cual las empresas privadas obtienen ingentes beneficios. Se trata de una colaboración necesaria entre las grandes corporaciones y las potencias ocupantes, que necesitan mantener su status quo y consolidar la ocupación a través de actividades altamente rentables como las obras de construcción de asentamientos, los derribos ilegales, la implantación y funcionamiento de sistemas de masiva videovigilancia o cibervigilancia o la explotación de los recursos naturales, por citar solo algunos ejemplos.

Las vulneraciones del DIH y las ocupaciones ilegales de territorios cuyos pueblos gozan del derecho a la autodeterminación tienen un componente económico fundamental que condiciona esos sistemas de ocupación y que incluso es necesario para perpetuarlas

Así, son cada vez más numerosos los informes que denuncian y las pruebas que demuestran que las empresas multinacionales participan de manera sistemática en la comisión de graves vulneraciones del DIH y de los DDHH, o que son cómplices de las mismas, especialmente en estas situaciones de ocupación ilegal del territorio.

En lo referente al Territorio Palestino Ocupado, la actividad de control y videovigilancia en el muro, los puntos de control (checkpoints) y las cárceles es muy alta y ello genera un lucro considerable a las empresas de tecnología que colaboran con estas tareas, que además ayudan a consolidar el crimen de apartheid. HP[23], G4S[24] o Magal Security Systems (con filial Ibérica)[25] son solo algunos ejemplos. La construcción del muro, la demolición diaria de casas con los consecuentes traslados forzosos de población, la construcción de asentamientos, la construcción de vías de comunicación como el tranvía que conecta Jerusalén Este con asentamientos y otras obras de ingeniería civil hacen de la construcción y de la obra civil un sector enormemente apetitoso para la actividad empresarial en las que empresas multinacionales como Cemex[26,] JCB[27] o la empresa vasca CAF[28] no dudan en participar. Por supuesto también la comercialización de recursos agrícolas como dátiles, vino y muchas frutas y verduras, o de recursos hídricos o minerales (que sirven para la elaboración y comercialización de cosméticos) son objeto de explotación por parte de empresas multinacionales e israelíes, como Netaflim, Mekorot o Haifa Chemicals. A través de estrategias de *greenwashing* (el lavado verde o ecoblanqueo) estas empresas explotan de manera ilegal los recursos naturales palestinos y se lucran de estos abusos a través de diversos contratos con instituciones tanto públicas como privadas[29.]

En este sentido, la Resolución 31/36 comentada en el apartado anterior y la consiguiente Base de datos que señala a 112 empresas que se lucran mediante su participación en actividades relacionadas con los asentamientos ilegales en territorio palestino ocupado, ha supuesto el colofón a muchísimas denuncias que organizaciones no gubernamentales ya venían realizando con anterioridad. A pesar de ello, sigue habiendo muchas otras que

23 Who Profits, *Hewlett Packard*, Disponible online en https://whoprofits.org/company/hewlett-packard-enterprise-hpe/ Consultado 3 febrero 2022

24 Who Profits, *G1 Secure Solutions,* Disponible online en https://whoprofits.org/company/g4s-israel-hashmira/ Consultado 3 febrero 2022

25 DAZA F. (2020). Los Muros Globalizados de la Ocupación. La trazabilidad de los productos de Magal Security Systems en las cadenas de suministros de la ciberseguridad en Israel y Palestina. ODHE; Shock Monitor. Barcelona. Disponible online en: http://www.odhe.cat/els-murs-invisibles-de-locupacio-la-traca-bilitat-dels-productes-de-magal-security-systems-en-les-cadenes-de-subministrament-de-la-ciber-seguretat-a-israel-i-palestina/

26 Nieuwhof, A (2011) *Cemex complicit in Israel's violations of international law,* Who Profits, Disponible online en https://whoprofits.org/wp-content/uploads/2018/06/old/cemex_corporate_watch_may_2011.pdf Consultado 3 Febrero 2022.

También se puede consultar la dicha sobre Cemex del ODHE, disponible online en http://www.odhe.cat/cemex/

27 Who Profits, jcb (J.C. Bamford Excavators) Disponible online en https://whoprofits.org/company/jcb-j-c-bamford-excavators/ Consultado 3 febrero 2022

28 BDS Movement, CAF Bájate del tren de apartheid de Israel, Disponible online en https://bdsmovement.net/es/%C2%A1caf-b%C3%A1jate-del-tren-de-apartheid-de-israel#tab1 Consultado 3 febrero 2022

29 BDS Movement, Greenwashing aparthied, Disponible online en https://bdsmovement.net/greenwashing-apartheid Consultado 3 febrero 2022

no están en esa Base de Datos y sobre cuya vinculación en la comisión de esos crímenes de guerra no hay muchas dudas. Por ejemplo, entidades financieras como AXA, el Banco Santander, BNP Paribas, Deutsche Bank, HSBC, Barclays, Societé General y casi todos los principales bancos europeos (y de entre ellos, unos 15 españoles) han asegurado o prestado dinero a más de medio centenar de multinacionales, muchas de ellas también europeas, para la realización de negocios relacionados directamente los asentamientos israelíes. Multinacionales como la española ACS, u otras corporaciones como Caterpillar, Cemex, eDreams, Airbnb, Motorola, Siemens, Solvay, Volvo o Tripadvisor son algunas de las 50 empresas identificadas por la Coalición "Don't Buy into Occupation"[30], en un exhaustivo y documentado informe del año 2021.

En lo que se refiere a la ocupación del Sáhara Occidental, la existencia de abundantes recursos naturales (fosfatos y otros minerales, posibles yacimientos de petróleo, pesca, recursos agrícolas, areniscos y potencial para las energías renovables) suponen un nicho de mercado importante para las empresas multinacionales. El Observatorio de Derechos Humanos y Empresas en el Mediterráneo (en adelante, ODHE) publicó en 2019 "Los tentáculos de la ocupación: Informe sobre la explotación de los recursos pesqueros del Sáhara Occidental en el marco de la ocupación del Estado marroquí" en el que se señalaban la complicidad de una serie de empresas europeas con las actividades ilegales de ocupación y aprovechamiento de los recursos naturales pesqueros del pueblo saharaui. En concreto, el estudio cita a Mercadona, Aquamar Pescados y Mariscos Congelados, Soanpesca, Pesfasa, Pulmar, Altarde y otra serie de empresas españolas que, de una manera u otra, participan de la explotación y/o comercialización de productos obtenidos de manera ilegal conforme al derecho internacional[31]. No solo la pesca, también los recursos agrícolas del Sáhara como el tomate, el melón o las judías son objeto de expolio por parte de empresas marroquíes y que a su vez son importados por corporaciones francesas o españolas como Frulexxo, Eurextra, Natexxo, DISMA, SoproLdyl...[32]. Recientemente, la campaña del pueblo saharaui Western Sahara is Not for Sale y el portal SOSSahara.org han sido creados para dar cuenta de los sectores económicos desde los cuales se expolian recursos del Sáhara Occidental Ocupado. En ambos portales web se pueden encontrar por filtro de sector, diversas empresas transnacionales o de mediano tamaño, varias de ellas españolas[33].

30 "Exposing the financial flows into illegal Israeli settlements" (2021). Disponible online en https://dontbuyintooccupation.org/reports/dont-buy-into-occupation-report/ consultado el 28 de enero de 2022

31 CFB, DAZA F. (Eds.), CODINA, F., DÍAZ-BODOQUE, C.; SERRA, X.; y SIERRA, J. (2019). Los tentáculos de la ocupación: Informe sobre la explotación de los recursos pesqueros del Sáhara Occidental en el marco de la ocupación del Estado marroquí. Observatorio de Derechos Humanos y Empresas; Shock Monitor. Barcelona

32 Mundubat. 2020 «Derechos humanos y empresas transnacionales en el Sáhara Occidental: Estudio de caso sobre la producción de tomate en la región de Dakhla»

33 Consultar: https://www.sossahara.org/ o https://www.westernsaharaisnotforsale.org/es/inicio/

## 3.2 Punto de partida: El actual marco jurídico de empresas y derechos humanos

Las consecuencias jurídico-penales que deberían asumir los Estados (principalmente Israel y Marruecos) y las personas físicas responsables por las graves vulneraciones del DIH contenido en la Cuarta Convención de Ginebra y por la comisión de los crímenes de guerra o de lesa humanidad recogidos en el Estatuto de Roma, no han sido depuradas ante los tribunales internacionales competentes, pero no son objeto del presente estudio. Como acabamos de introducir, existe una evidencia cada vez más abrumadora de que dichas vulneraciones se perpetran con la colaboración indispensable de empresas privadas, principalmente de carácter multinacional. Sin embargo, y en contraposición con la abundante normativa y jurisprudencia que se ha examinado en el apartado segundo del presente estudio y que ratifica la ilegalidad de dichas vulneraciones del DIH y de los DDHH por parte de los Estados y las personas físicas, **el Derecho Internacional se encuentra aún en una fase muy temprana de desarrollo normativo, consuetudinario y jurisprudencial que permita construir un marco jurídico claro que tipifique aquellas actividades empresariales decisivas en la realización de este tipo de conductas**.

En los últimos 15 años ha comenzado a generarse un cuerpo jurídico que parece va a ir adquiriendo cada vez más protagonismo en lo que se refiere al establecimiento de dicho sistema de obligaciones, vigilancia y rendición de cuentas por parte de las empresas que se encuentren involucradas en graves vulneraciones del DIH y de los DDHH.

### a) Regulación sobre Empresas y DDHH a nivel internacional

Los primeros pasos de relevancia jurídica los dio la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que, en el año 2005, adoptó la **Resolución 2005/69** en la que pidió al Secretario General "*que designara un Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (SRSG), por un período inicial de dos años*". Dicho nombramiento es un reflejo de la importancia que la comunidad internacional empieza a percibir en esta cuestión desde principios de este siglo. En la Resolución se encomendaban al SRSG varias tareas, entre otras la de señalar y aclarar normas uniformes sobre la responsabilidad empresarial y la rendición de cuentas de las empresas en materia de derechos humanos[34]. En ella se hacía referencia al **informe E/CN.4/2005/91** del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre responsabilidad de empresas multinacionales con relación a los derechos humanos, en el que se recogían, entre otras cosas, dos principios angulares que con posterioridad se han ido ampliando pero que configuran los cimientos de la responsabilidad empresarial en esta materia (apartado 28):

34 Disponible online en https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx Consultado 3 de febrero 2022

- Principio primero: Las empresas deben apoyar y **respetar la protección de los derechos humanos** proclamados internacionalmente.
- Principio segundo: **Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices** de los abusos de derechos humanos.

Se trata de un informe muy interesante que sienta las bases para el Derecho Internacional de empresas y derechos humanos y que clarifica conceptos como "respetar" y "complicidad", determina con respecto a qué DDHH es responsable una empresa, cómo puede garantizarse la responsabilidad de las empresas en la esfera de los DDHH, si es preciso que las Naciones Unidas establezcan normas universales para definir la responsabilidad de las empresas en la esfera de los DDHH, cuál sería la naturaleza jurídica de esas responsabilidades o que instrumentos se necesitan para promover el respeto de los DDHH en el marco de las actividades empresariales.

Tres años más tarde, el Consejo de Derechos Humanos adoptaría la **Resolución 8/7** (2008) en la que se reconocía la necesidad de ofrecer un marco de protección efectivo a las personas y a las comunidades de los abusos de derechos humanos cometidos por empresas multinacionales o en las que las mismas puedan haber resultado involucradas. Se subrayó la importancia de proceder a la consolidación de las normas y estándares existentes y de cualquier iniciativa futura que supusiese un marco internacional amplio. Pero, sobre todo, se pidió al SRSG que profundizara en el alcance y contenido de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y de proporcionar unas líneas directrices concretas a las empresas.

El resultado de este último mandato fue la **Resolución 17/4** del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 6 de julio de 2011, quizá el documento más relevante hasta la fecha. En la misma, Consejo adoptaría los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, Principios Rectores) elaborados por el SRSG, que marcan un antes y un después en las obligaciones que tienen las empresas para garantizar la protección y mantenimiento de los DDHH de los pueblos que pueden verse afectados por su actividad corporativa, así como el deber de los Estados de actuar frente a estos posibles comportamientos. Su aprobación por parte del Comité, si bien no los convierte en derecho internacional convencional ni les atribuye carácter vinculante, sí supone su categorización como soft-law en el marco de fuentes del derecho internacional. En su introducción, se afirma que estos Principios Rectores se aplican "*a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura*" lo que determina claramente el carácter *erga omnes* de los mismos. Dividido en 3 grandes bloques, estos 31 principios desarrollan a) el deber de los Estados de proteger los DDHH, b) la responsabilidad de las empresas de respetar los DDHH y c) el acceso a los mecanismos de reparación.

La consecuencia con mayor trascendencia para el presente estudio fue la **Resolución 31/36** aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 24 de marzo de

2016, respecto de los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado. En una Resolución sin precedentes, en la que se declaraba nuevamente la ilegalidad de los asentamientos, del muro y en la que se afirmaba que Israel "*prosigue sus actividades de asentamiento (...) violando el derecho internacional humanitario, las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas, los acuerdos a que han llegado las partes y las obligaciones que le incumben en virtud de la hoja de ruta del Cuarteto, y haciendo caso omiso de los llamamientos de la comunidad internacional para que ponga fin a todas las actividades de asentamiento*", el Consejo adoptó una serie de acuerdos muy relevantes, de entre los que destacan los siguientes:

- En primer lugar, exigió a Israel el fin de las actividades de asentamientos y el cumplimiento de sus obligaciones legales respecto del muro expresadas en la opinión consultiva de la CIJ del año 2004.

- En segundo lugar, pidió el cese de la construcción del tranvía que une los asentamientos con Jerusalén Occidental, "*que es una clara violación del derecho internacional y las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas*", de la expropiación de tierras palestinas, la demolición de viviendas, los desalojos forzosos y los planes de "reubicación", la obstrucción y destrucción de la asistencia humanitaria y de "*todas las violaciones de los derechos humanos relacionadas con la presencia de asentamientos, especialmente del derecho a la libre determinación*".

- En tercer lugar, y en una clara alusión a la comisión del crimen de apartheid cometido por Israel, exigió el fin de las medidas israelíes en forma de políticas, leyes y prácticas que impiden que los palestinos participen plenamente en la vida política, social, económica y cultural del Territorio Palestino Ocupado, y la adopción de medidas inmediatas para "*prohibir y erradicar todas las políticas y prácticas que discriminen a la población palestina del Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y la afecten de manera desproporcionada, entre otros medios poniendo fin al sistema de carreteras diferentes para uso exclusivo de los colonos israelíes*"

- En cuarto lugar, instó a todas las empresas para que apliquen los Principios Rectores en el territorio palestino ocupado y a los Estados para que "adopten las medidas adecuadas para que las empresas domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción, (...) se abstengan de cometer violaciones graves de los derechos humanos de los palestinos*, o de contribuir a ellas, conforme a las normas de conducta previstas en los Principios Rectores*".

- Y, en quinto lugar, y la más destacada de todas, solicitó al Alto Comisionado para los Derechos Humanos para que elabore **una base de datos** de todas las empresas que participan en una serie de actividades relacionadas con las conductas ilegales que perpetúan y amplían la ocupación ilegal del Territorio Palestino.

Cuatro años más tarde, el 28 de febrero de 2020, el Consejo de Derechos Humanos hacía pública dicha base de datos. El Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) examinó información definitiva sobre 188 empresas que pudieran estar participando en actividades como el suministro de equipos y materiales que facilitaran la construcción y expansión de los asentamientos y el muro, la demolición de viviendas y propiedades, y la vigilancia e identificación para los asentamientos; el suministro de servicios de seguridad, equipos y materiales a las empresas que operaban en los asentamientos; la prestación de servicios de apoyo al mantenimiento y existencia de los asentamientos, como el transporte; las operaciones bancarias y financieras que ayudaban a desarrollar, expandir o mantener los asentamientos; la utilización de recursos naturales, en particular agua y tierras, para fines empresariales; o la utilización de los beneficios y reinversiones de las empresas de propiedad total o parcial de los colonos para el desarrollo, la expansión y el mantenimiento de los asentamientos.

El ACNUDH determinó que había fundamentos razonables para afirmar que la actividad de 112 de las 188 empresas se ajustaba a una o más de las actividades que sostenían y expandían la ocupación. La gran mayoría de esas corporaciones son de nacionalidad israelí (aunque algunas de ellas son filiales de empresas matrices de otros Estados) pero también hay varias empresas puramente norteamericanas y europeas. Muchas de ellas desarrollan también una importante actividad comercial en España como Alstom S.A. (Francia), Booking Holding Inc. (USA), Edreams ODIGEO S.A. (Luxemburgo), Motorola Solutions Inc (USA), Tripadvisor Inc (USA), Expedia Group Inc. (USA) o Airbnb Inc (USA), por citar algunos ejemplos de renombre. A pesar de que es una de las empresas integrantes del consorcio internacional que actualmente ejecuta las obras de ampliación del tranvía que conecta Jerusalén Este con asentamientos ilegales (cuyo rechazo expresó la AGNU y el propio Consejo de DDHH en las resoluciones mencionadas anteriormente) la empresa española CAF ha quedado fuera de la lista, por el momento[35].

Hasta ahora ningún organismo internacional ha llegado tan lejos como el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas a la hora de señalar, con nombres y apellidos, complicidades en las graves vulneraciones de DDHH por parte de empresas. El resto de iniciativas que han seguido son declaraciones, generales y repetitivas de lo que ya habían establecido con más solidez los Principios Rectores, pero que en cierto modo no dejan de constituir un marco que amplía, aunque muy lentamente, la relevancia de la cuestión y que al mismo tiempo manifiesta la imperiosa necesidad de contar con herramientas vinculantes de investigación y sanción. Entre dichas iniciativas, las **Directrices de la OCDE para las empresas multinacionale**s[36] que en su apartado IV "Derechos

35 Una posible causa es que el listado de Naciones Unidas da cuenta de las empresas que operan entre enero de 2018 y agosto de 2019. La adjudicación definitiva al consorcio CAF-Saphir fue posterior al periodo referido. No obstante, Saphir sí se encuentra en el mencionado listado. Ver: http://www.odhe.cat/es/la-publicacion-de-la-base-de-datos-de-empresas-en-territorios-ocupados-palestinos-es-un-paso-significativo-contra-la-impunidad-corporativa/

36 Disponible online en https://www.oecd-ilibrary.org/governance/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales_9789264202436-es Consultado 10 de enero de 2022

Humanos" establece que las empresas deberán "*1. Respetar los derechos humanos, lo cual significa que han de velar por no vulnerar los derechos de los demás y hacer frente a los impactos negativos sobre los derechos humanos en los que se vean implicadas. 2. En el marco de sus actividades propias, evitar causar impactos negativos sobre los derechos humanos o contribuir a que se generen y resolver dichos impactos si los hubiera. 3. Esforzarse por prevenir y atenuar los impactos negativos sobre los derechos humanos directamente vinculados con sus actividades, bienes o servicios en virtud de una relación comercial con otra entidad*".

## b) Regulación sobre Empresas y DDHH a nivel europeo

A nivel europeo, los pasos dados han sido igualmente modestos, por no decir insignificantes, aunque en cierto modo prometedores. El Parlamento Europeo (en adelante, PE) ha aprobado un par de Resoluciones en este sentido sin ningún carácter vinculante, de momento. La primera, la Resolución de 25 de octubre de 2016 sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los DDHH en terceros países[37] puesto que, o bien deriva la responsabilidad de perseguir y condenar a los Estados miembro (apartado 35) instándoles a que "*hagan frente a los obstáculos jurídicos, procedimentales y prácticos que impiden a las autoridades responsables del enjuiciamiento investigar y enjuiciar a las empresas y a sus representantes implicados en delitos vinculados a violaciones de los derechos humanos*", o bien a la Comisión Europea y al Consejo de la UE, a los que pide "*establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y sanciones en delitos de especial gravedad que tengan una dimensión transfronteriza por lo que se refiere a las violaciones graves de los derechos humanos en terceros países cometidas por empresas, habida cuenta de la naturaleza y el impacto de dichos delitos"*, petición que, hasta el día de hoy, no ha sido atendida.

La segunda de ellas, también sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa[38] se aprobó el pasado 10 de marzo de 2021 y recoge una propuesta a la Comisión Europea para que elabore una Directiva sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa. No es habitual que una Resolución del PE incluya como anexo un borrador de norma que debería proponer la Comisión. El Grupo socialista presentó el Informe, teniendo como ponente a la eurodiputada, Lara Wolters y con votación mayoritaria, la resolución y posible texto de la Directiva fueron aprobados el 10 de marzo de 2021. La Comisión de justicia comenzó a preparar la propuesta de directiva hasta que, en mayo del mismo año, se incorporó a la elaboración del texto la Comisión de Mer-

37 Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (2015/2315(INI) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2018_215_R_0022

38 Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_ES.pdf

cado Interno, dirigida por el francés Thierry Bretón[39], lo cual implicó la llegada del lobby empresarial al proceso de redacción. Unos meses más tarde, el 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea publicó[40] la propuesta modificada del texto de Directiva, en la cual se terminaron rebajando múltiples exigencias de las presentadas en el borrador original o de la propuesta del propio Parlamento, es decir, de la ponencia de Wolters.

La propuesta final de texto ha recibido varias críticas de las organizaciones, algunas de las cuales han participado desde el inicio en los procesos de consulta, porque se ha abandonado la posibilidad de la existencia de un organismo europeo con capacidad reguladora; porque el camino que deben seguir las víctimas de las actividades de las empresas es a través de un paso previo de queja a las mismas empresas y no a las instituciones garantes de la protección de los derechos, proceso al que se llegará como última consecuencia y que tendrá como riesgo la prescripción del delito o el desincentivo de no proponerse la inversión de la carga de la prueba. Asimismo, se ha desdibujado la responsabilidad civil y no se contempla ninguna responsabilidad penal. Además, las grandes transnacionales podrán desvincularse de la exigencia de responsabilidad en la cadena de suministro a través de incorporar cláusulas en su cadena de contratación.

Aun y con todos estos elementos que la han convertido en una propuesta bastante garantista para las empresas, en el caso de tramitarse y aprobarse, estaríamos ante la primera norma de carácter vinculante para los Estados miembro de la UE en materia de debida diligencia y respeto a los DDHH de las empresas proveniente de un organismo internacional. Países como Francia ya han adoptado una normativa similar, aunque en este caso en concreto el ámbito de aplicación es muy limitado.

La UE no asumirá nuevas obligaciones ni ampliará sus competencias en dicha dirección, sino que seguirá trasladando la responsabilidad a los Estados. Originalmente, la propuesta del PE especificaba en el artículo 1.3 que: "*La presente Directiva tiene por objeto además garantizar que se puedan exigir responsabilidades a las empresas,* de conformidad con el Derecho nacional*, por los efectos adversos en los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza*". Este apartado ha quedado modificado en la propuesta posterior de febrero de 2022 por el artículo 18.1 especificando que "*Los Estados Miembros deben asegurar que las autoridades de control dispongan de los poderes y recursos adecuados para llevar a cabo las tareas que les asigna la Directiva, incluyendo la facultad para pedir información y llevar a cabo investigaciones referidas al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Directiva"*[41].

39 Ver: "Europe Inc. wins as EU delays new business rules". Disponible en: https://www.politico.eu/article/europe-inc-puts-brussels-new-business-rules-on-ice/

40 Ver: DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf

41 Ver "Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence". Disponible online: https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en

Nota de edición: traducción propia

A pesar de ello, y aunque no procede ahora realizar un análisis exhaustivo del texto en tanto que se trata de un borrador que aún puede sufrir muchas modificaciones durante el trámite legislativo, o incluso, puede no llegar a aprobarse nunca, sí debe indicarse que las disposiciones que actualmente contiene siguen el espíritu de los Principios Rectores.

El carácter vinculante para las empresas en relación al respeto de los derechos humanos y el medio ambiente en la cadena de suministro y la obligación de los Estados es uno de los puntos centrales que ha cambiado entre la propuesta de texto aprobada por el PE y la recientemente presentada por la Comisión. En el artículo 4.1 del borrador del PE se especificó la obligación de los Estados de "*garantizar que las empresas lleven a cabo los procesos de diligencia debida eficaces relativos a los efectos adversos potenciales o reales en los derechos humanos*" y a la obligación de las empresas de que "*realizarán de manera continua todos los esfuerzos a su alcance para identificar y evaluar, mediante una metodología de seguimiento basada en el riesgo que tenga en cuenta la probabilidad, la gravedad y la urgencia de los efectos potenciales o reales en los derechos humanos, el medio ambiente o la buena gobernanza*" (artículo 4.2 del borrador). Este texto quedó modificado en el artículo 1 del texto de la Comisión especificando que la Directiva establecerá normas: "a*) sobre las obligaciones de las empresas con respecto a los impactos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y los impactos ambientales adversos, con respecto a sus propias operaciones, las operaciones de sus subsidiarias y las operaciones de la cadena de valor realizadas por entidades con las que la empresa tiene una relación comercial establecida y (b) sobre la responsabilidad por violaciones de las obligaciones antes mencionadas*."

Esto en sí mismo no es un problema, salvo por el hecho de que el considerando 15 disminuye la responsabilidad de las empresas cuando se especifica que "*la presente Directiva no debe exigir a las empresas que garanticen, en todas las circunstancias, que nunca se producirán impactos adversos o que serán evitados. (…) Por lo tanto, las obligaciones principales de esta Directiva deberían ser las "obligaciones de medios*". También se identifica que el régimen sancionador ha quedado debilitado en el artículo 20, el cual detalla que éste dependerá de cada país al especificar que "l*os Estados miembros establecerán las normas sobre sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación*"[42].

En el proceso de disminuir la exigencia al alcance de los mecanismos correctivos, se eliminó la propuesta del artículo 18 del borrador del PE que explicaba que algunas sanciones podían significar la exclusión "*de forma temporal o indefinida a empresas de la contratación pública, las ayudas estatales y los planes de ayudas públicas, incluidos los planes basados en agencias de crédito a la exportación y préstamos, para incautar mercancías y para adoptar otras sanciones administrativas adecuadas*".

42 Ibid. Nota de edición: traducción propia

# 4. INEXISTENCIA DE HERRAMIENTAS JURÍDICAS DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN

## 4.1 Instituciones judiciales internacionales: Sin competencia para abordar un grave problema de dimensión internacional

Como acabamos de comprobar está empezando a generarse un marco normativo que permite establecer obligaciones de vigilancia y respeto a los Derechos Humanos durante la actividad de las empresas multinacionales, cuya especial incidencia en territorios ocupados ilegalmente por la fuerza resulta parte del objeto del presente estudio. Pero de momento se trata de un conjunto de normas de carácter no vinculante y no existe un sistema que permita la identificación, denuncia, investigación y condena de estas conductas por organismos internacionales encargados de velar por la protección de los DDHH y del DIH ni por tanto que facilite una justa reparación a las víctimas.

A mayor abundamiento, los actuales sistemas internacionales de resolución judicial de conflictos carecen de competencia para juzgar las actividades delictivas por parte de personas jurídicas (es decir, por empresas multinacionales principalmente) ni su complicidad en las mismas.

Ni la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) ni la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), en tanto que son las dos principales instituciones judiciales de carácter internacional, están dotadas de competencia para dicha tarea. La CPI, si bien recoge en el artículo 5 de su Estatuto que entre sus competencias se encuentra "*los crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto*" (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión), establece en su artículo 25 que "*solo tendrá competencias respecto de las personas naturales*". Los estatutos de la CIJ también descartan esa opción cuando en su artículo 36.1 dispone que "s*ólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte*".

Lo mismo ocurre con otros organismos judiciales de carácter regional, especializados según sus estatutos fundacionales en la resolución de aquellos asuntos que traigan causa en la vulneración de derechos humanos, como son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) por señalar algunos de los más notorios. Ninguno de los dos tiene competencias expresas para juzgar actuaciones de personas jurídicas, sino que limitan su jurisdicción a los Estados y a las personas físicas.

En ese mismo sentido, como ya hemos comentado, la Base de Datos de Empresas que participan en actividades en los asentamientos ilegales en el Territorio Palestino Ocupado y la Resolución 31/36 (2016) aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU se limitan a señalar a las empresas que han participado de esas reprochables conductas pero no les impone ninguna sanción ni dirige su enjuiciamiento a ningún organismo judicial ni fija ninguna recomendación expresa a los Estados a actuar en esa dirección. Igualmente, la propuesta de Directiva incluida en la Resolución del PE de 10 de marzo de 2021 sobre diligencia debida de empresas, en caso de ser aprobada, tampoco establece ningún mecanismo europeo de vigilancia y protección específica, sino que delegaría toda la responsabilidad en ese sentido en los Estados miembro. Y ello a pesar de que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE establece en su artículo 51 que las disposiciones de la misma "*están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión*".

## 4.2 El inexistente marco jurídico estatal de protección de DDHH frente a las vulneraciones de las empresas

Ante la ausencia absoluta de un sistema internacional o europeo de depuración de responsabilidades de las empresas que cometen crímenes tipificados como tales en el Derecho Internacional, el único resquicio de actuación a día de hoy para sancionar dichas conductas reside en el derecho estatal y siempre dentro de las fronteras de la jurisdicción de sus instituciones judiciales o administrativas.

A pesar de su carácter no vinculante, el Estado español no solo tiene competencia y potestad suficiente para construir un sistema legal vinculante de prevención, investigación y sanción de dichas vulneraciones del derecho internacional por parte de empresas privadas, sino que está mandatado por toda la panoplia de Resoluciones y Acuerdos de carácter internacional y europeo que han sido revisados en el presente estudio. Principalmente por los Principios Rectores que establecen que, aunque los Estados no sean responsables directamente de las violaciones de los DDHH cometidas por agentes privados, sí que pueden estar incumpliendo sus obligaciones internacionales en esta línea si no adoptan las medidas necesarias para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por aquellos.

En ese sentido, el Gobierno aprobó en el año 2017 un Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos[43] en el que se reconocía como objetivo primordial "*el compromiso de España de proteger los derechos humanos, también frente a cualquier impacto negativo que la actividad empresarial pudiera tener sobre ellos, y de proporcionar a las eventuales víctimas de los mismos un remedio efectivo*" asumiendo que los

43 http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/170714%20PAN%20Empresas%20y%20Derechos%20Humanos.pdf

Principios Rectores supondrían "*el punto de referencia para la actuación del Estado en materia de empresas y derechos humanos*". Sin embargo, la mayor parte de las medidas enumeradas en el Plan consistían en acciones de sensibilización, promoción de códigos de autorregulación en las empresas, incentivos, campañas de capacitación y formación a funcionarios públicos, jueces y fiscales, recopilación de informes y otra serie de iniciativas sin ningún carácter vinculante para las empresas y con un impacto muy muy limitado. La única propuesta de reforma normativa que proponía el Plan, es decir la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público, no se ha producido a pesar de que se introdujeron propuestas al respecto durante su tramitación y aprobación parlamentaria en ese mismo año 2017[44]. Aquellas relativas al acceso a mecanismos de reparación (Pilar 3 del Plan) como la elaboración de mecanismos jurídicos a través de los cuales resulta exigible la responsabilidad civil de las empresas que mediante sus actos causaren daños o perjuicios sobre los derechos humanos, tampoco se han producido. No solo se ha tratado de un Plan que nació sin unos objetivos claros, sin calendario de aplicación, sin medidas vinculantes, sin indicadores de seguimiento para contrastar su cumplimiento, sin propuestas de modificaciones normativas y de imposición de sanciones de carácter penal o administrativa, y en definitiva, sin ninguna ambición real, sino que su modestos objetivos ni siquiera se han llevado a cabo.

La única propuesta de reforma normativa que proponía el Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos, es decir la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público, no se ha producido a pesar de que se introdujeron propuestas al respecto durante su tramitación y aprobación parlamentaria en 2017.

De este modo, las herramientas jurídicas actuales con las que se cuenta son insuficientes. Las reformas del Código Penal que datan de los años 2010 y 2015 supusieron un antes y un después en la responsabilidad penal de las empresas. Desde entonces, las personas jurídicas han pasado a ser sujetos susceptibles de responsabilidad penal y por tanto pueden ser juzgadas y condenadas por la comisión de delitos. Sin embargo, **dicha responsabilidad se encuentra limitada a una serie de ilícitos que no pueden ser calificados como vulneraciones de DDHH tal y como estos aparecen hasta ahora configurados en los tratados internacionales que los regulan, salvo algunas excepciones como el delito de trata de seres humanos, el de tráfico de órganos, la corrupción de menores y en cierta medida los delitos contra el**

44 Observatorio de Contratación Pública: "Las graves vulneraciones de Derechos Humanos como prohibición de contratar" 13/09/2017. Disponible online en http://www.obcp.es/opiniones/las-graves-vulneraciones-de-derechos-humanos-como-prohibicion-de-contratar Consultado 3 de febrero 2022

**medioambiente**. Pero ni los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal), ni los de lesa humanidad (artículo 607 bis del Código Penal) ni los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (artículos 608 a 613 del Código Penal), que son aquellos que se llevan a cabo actualmente en el Territorio Palestino Ocupado y el Sáhara Occidental y cuya comisión es considerada por los Tratados Internacionales suscritos por España como vulneraciones del DIH y de los DDHH, son susceptibles de ser perpetrados por (o con la colaboración de) personas jurídicas, de conformidad con la actual redacción del código penal español.

Ante esa falta de regulación penal, es posible afirmar que no existe actualmente ninguna sentencia, ni auto ni ningún otro tipo de resolución de carácter judicial emitida por ningún tribunal de justicia en las que se señale, encause o condene a alguna empresa por la comisión de delitos relacionados con vulneraciones de DDHH o del DIH susceptible de surtir efectos en el Estado español. Tampoco a nivel civil. Y por tanto, es habitual que las empresas que participan de estas conductas no asuman ninguna responsabilidad ni sufran ningún tipo de consecuencia.

No existe ninguna sentencia, ni auto, ni ningún otro tipo de resolución de carácter judicial emitida por ningún tribunal de justicia en las que se señale, encause o condene a alguna empresa por la comisión de delitos relacionados con vulneraciones de DDHH o del DIH susceptible de surtir efectos en el Estado español.

Tampoco a nivel administrativo existen hacia las empresas repercusiones por ese tipo de actividades ilícitas cometidas fuera del territorio nacional en tanto que previamente no existe un sistema de depuración de responsabilidades que permita su aplicación en las relaciones de las personas jurídicas con las administraciones públicas. Apenas se encuentra un resquicio en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que establece la posibilidad de excluir de la contratación pública a aquellas empresas que hayan sido "*sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad*". Se trata de una fórmula parecida a la del artículo 57.4 de la Directiva 24/2014/UE, del PE y del Consejo, de de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública[45], aunque bastante más estricta en la medida en la que exige que la "infracción grave" (paraguas en el que podrían englobarse las vulneraciones del DIH y de los DDHH por parte de las empresas) haya sido sancionada y además, con

45 https://www.boe.es/doue/2004/134/L00114-00240.pdf

carácter firme[46]. **Se trata de un sistema muy garantista que otorga un alto nivel de seguridad jurídica a las empresas que participan de la contratación pública en España y que podría tener sentido siempre y cuando existiese un sistema de investigación y sanción, estatal o internacional, respecto de las conductas comentadas**. Pero tanto la inexistencia de este sistema que ya hemos aclarado en los apartados previos como la absoluta inoperatividad de los artículos 72 y 73 de la misma Ley de Contratos que establecen el procedimiento para hacer efectivas estas prohibiciones de contratar[47], hacen que **esta disposición del artículo 71.1.b) solo pueda aplicarse mediante una interpretación amplia y una actitud muy proactiva y voluntarista de cada órgano de contratación**.

Por último, la Comisión de cooperación internacional del Congreso de los Diputados ha aprobado una irrelevante Proposición no de Ley relativa a la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos[48] en la que se instaba al gobierno a que, "*una vez aprobada la Directiva europea, impulse una ley de debida diligencia que sirva para poner a nuestro país a la vanguardia internacional en la protección de los derechos humanos, en el medioambiente y el buen gobierno en lo referido a las actuaciones de nuestras empresas en el extranjero*". Y se califica como irrelevante porque una vez aprobada la Directiva Europea la transposición en una ley estatal tendrá carácter obligatorio, sin necesidad de que ninguna proposición no de ley lo haya señalado previamente.

Más allá de estos inocuos ejemplos, nos encontramos ante una total ausencia de normativa vinculante o de herramientas jurídicas de investigación, rendición de cuentas, sanción (penal, civil o administrativa) y reparación de dichos daños para las empresas que cometen estas graves vulneraciones del derecho internacional y que, al mismo tiempo, se lucran de manera continua con fondos públicos mediante su participación en contratos públicos, la recepción de subvenciones u otras formas de colaboración con las administraciones públicas a todos los niveles. Es urgente rellenar este enorme vacío legal. A continuación, se pretenden aportar algunas propuestas dirigidas a cubrir ese vacío.

46 La prohibición de contratar con empresas que vulneren los derechos humanos en la nueva Ley de Contratos del Sector público. Revista de Estudios Locales CUNAL (n.º 208) ISSN es 1578-9241

47 Garcia Acuña, F. (2020). "Integridad, Empresas y Derechos Humanos en la Contratación Pública". Disponible online en Observatorio de Contratación Pública http://www.obcp.es/opiniones/integridad-empresas-y-derechos-humanos-en-la-contratacion-publica

48 https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-575.PDF

# 5. UN NUEVO MARCO NORMATIVO

Como ya hemos insistido, existe por un lado un marco jurídico internacional bien construido, completo y cerrado que ha identificado claramente la ilegalidad de las ocupaciones de Palestina y el Sáhara Occidental y sus actividades conexas.

Dicho marco forma parte del ordenamiento jurídico español, compromete a las instituciones administrativas y judiciales (a cualquier nivel territorial) y es de obligado cumplimiento para todas aquellas personas sujetas a aquel. Dicha afirmación está sustentada principalmente por el artículo 96.1 de la Constitución Española, que afirma que "*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*". No es la única referencia a la esencialidad del derecho internacional en nuestro ordenamiento recogida en la Constitución; también el artículo 10.2 establece que "*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*".

Es decir, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto por los Derechos Civiles y Políticos, el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, la Carta Europea de los Derechos Humanos y los demás Tratados ratificados por España son de aplicación directa al funcionamiento de nuestro sistema de garantías de derechos fundamentales recogido en el Título I de la CE. También las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, pues como se ha señalado anteriormente, el artículo 25 de la Carta de Naciones Unidas (ratificada por España) establece que los miembros de las Naciones Unidas tienen la obligación de aceptar y cumplir sus decisiones, así como las resoluciones de las instituciones judiciales internacionales y europeas (CIJ, TJUE, TGUE...) También lo son el resto del cuerpo jurídico analizado como las Resoluciones de la AGNU y del Consejo de Derechos Humanos sobre los que existe una amplia uniformidad en la doctrina y en la jurisprudencia[49] acerca de su obligatoriedad para los Estados miembro de las Naciones Unidas, especialmente cuando abordan materias relacionadas con los DDHH[50], o cuanto menos, a su carácter consuetudinario y por tanto fuente del derecho internacional.

Sin embargo, y aunque ese conjunto de regulaciones internacionales empieza a extenderse lentamente hacia el ámbito de actuación de las empresas multinacionales y de la

49 MONROY CABRA, M.G. Valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales. Cita: "la Corte Internacional dijo que la resolución de la Asamblea General 3314 (XXIX) que define la agresión "puede ser considerada como la expresión del Derecho Internacional Consuetudinario"

50 BENZING, M. (2017) International Organizations or Institutions, Secondary Law.

responsabilidad en la que pueden incurrir por la vulneración (o la complicidad en la vulneración) del DIH y los DDHH en esos contextos de ocupación, se precisan actuaciones normativas que positivicen estas obligaciones, a través de disposiciones de tipo legal, reglamentario o bajo otras fórmulas vinculantes que garanticen y agilicen su cumplimiento y que **acarreen consecuencias para dichas corporaciones, principalmente imponiendo sanciones (de tipo civil o penal) y limitando su acceso a la obtención de fondos públicos derivados de procedimientos de contratación con las administraciones públicas o de subvenciones públicas**.

## 5.1 Propuestas normativas a nivel internacional o comunitario

En primer lugar, sería muy positiva la adopción de un Tratado o Acuerdo, de carácter internacional o europeo, vinculante obviamente para los Estados en el que, como mínimo, se traspongan los Principios Rectores. La propuesta de Directiva del PE analizada previamente es un comienzo importante, aunque haya rebajado bastante sus pretensiones. Si bien sería necesaria una transposición al ordenamiento jurídico español mediante una norma con rango legal de las obligaciones incluidas en la futura Directiva (ya que, como norma general, estas carecen de efecto directo en su aplicación) su aprobación generaría la obligación para el Estado español de actuar legislativamente en un plazo de 24 meses después de su entrada en vigor, según prevé el borrador elaborado por el PE. Esto significa que, en un escenario optimista de tramitación del texto europeo y suponiendo que el mismo llegara a buen término en un plazo de año y medio o dos años, no tendríamos aprobada una ley de diligencia debida, empresas y derechos humanos hasta al menos 2026. Esos plazos son realmente inoperantes.

De manera paralela, se está discutiendo en el seno de la ONU un Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos (conocido como "Binding Treaty") que tendría como objetivos, entre otros, "*Aclarar y facilitar el cumplimiento efectivo de la obligación de los Estados de respetar, proteger, cumplir y promover los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, en particular las de carácter multinacional; aclarar y garantizar el respeto y cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos de empresas; prevenir y mitigar las violaciones de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales mediante mecanismos eficaces de vigilancia; y Garantizar el acceso a la justicia y un reparación efectiva y adecuada para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales*", según se indica en el artículo 2 del tercer borrador del texto publicado en agosto de 2021 y debatido entre el 25 y el 29 de octubre de 2021 en el seno de las reuniones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU[51]. El borrador que está a día de hoy sobre

51 Disponible online en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf Consultado 3 de febrero 2022

la mesa plantea la sujeción de las empresas transnacionales a los principales tratados internacionales reguladores de los DDHH y al derecho internacional consuetudinario, y establece en su artículo 8.3 que los Estados "*adoptarán las medidas legales y de otra índole, necesarias para garantizar que su jurisdicción interna provea sanciones penales, civiles y/o administrativas efectivas, proporcionadas y disuasorias cuando las personas jurídicas o físicas que realicen actividades empresariales hayan causado o contribuido a violaciones de los derechos humanos*".

El actual borrador del Binding Treaty da para un extenso análisis sobre su alcance y las posibilidades que ofrece. La principal novedad es que todo ese soft-law que hemos analizado en el apartado 3 del presente estudio, adquiriría el nivel de derecho convencional internacional y disiparía todas las dudas jurídicas que algunas aun pudieran tener sobre su obligatoriedad y asimilación en el ordenamiento jurídico español, siempre y cuando fuera ratificado por España como preceptúa la Constitución. Además, el Tratado Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos precisaría el consentimiento del Estado (el gobierno) previa autorización de las Cortes Generales, como estipula el artículo 94.1 de la CE lo cual no garantiza que, aunque el Tratado se adopte a nivel internacional, pase a integrar nuestro ordenamiento jurídico de forma inmediata como sí lo harían las obligaciones incluidas en la directiva comunitaria.

Mientras la comunidad internacional ha sido capaz de generar varios mecanismos de protección de los DDHH a nivel internacional ante los cuales pueden rendir cuenta los Estados y las personas físicas, no lo ha sido para hacer lo propio con las empresas transnacionales, haciendo caer toda la responsabilidad en los Estados.

El elemento común de ambos textos (el europeo y el de Naciones Unidas) es doble: el primero es que despeja todas las dudas de las obligaciones que tienen los Estados de construir un sistema de protección suficiente que investigue y procese a las empresas privadas que sean susceptibles de haber causado o contribuido a violaciones de los DDHH; el segundo, que esas obligaciones no van a recaer nunca en instituciones de carácter internacional. Esta última parte es la más decepcionante: mientras la comunidad internacional ha sido capaz de generar varios mecanismos de protección de los DDHH a nivel internacional ante los cuales pueden rendir cuenta los Estados y las personas físicas (CIJ, CPI, TEDH, CIDH…) no ha sido capaz de hacer lo propio con las empresas transnacionales, haciendo recaer toda la responsabilidad en los Estados que, paradójicamente son los principales vulneradores de los

DDHH. Un organismo judicial internacional de naturaleza similar a la CPI habría dotado de más independencia y supuesto una mayor garantía en la consecución del objetivo final de juzgar los comportamientos de estas multinacionales que es contrario al Derecho Internacional de los DDHH.

## 5.2 Propuestas normativas a nivel estatal

Mientras eso sucede, España puede acometer reformas legales sencillas y sus administraciones públicas adoptar otras disposiciones normativas de rango inferior que permitan empezar vigilar y sancionar a las empresas que cometen vulneraciones de los DDHH, a imponer obligaciones de reparación y a evitar que puedan acceder a fondos públicos.

En concreto, y más allá de las medidas no vinculantes establecidas en el Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas, se identifican cuatro grandes bloques de posibles reformas normativas.

### a) Ley de Diligencia Debida

En primer lugar, sería recomendable la adopción a la mayor brevedad de una Ley de Diligencia Debida de Empresas y Derechos Humanos como ya han hecho países como Francia[52], sin necesidad de esperar a que sea la UE la imponga dicho mandato vía Directiva. Se menciona la iniciativa francesa en la medida en la que quiere señalar que no son necesarias instrucciones de las instituciones comunitarias para actuar, pero no porque se trate de un ejemplo a seguir en lo que respecta al contenido de la ley. La norma gala es muy poco exigente: apenas establece una obligación de vigilancia para las empresas con más de 5.000 empleados, que deben identificar riesgos y prevenir violaciones graves de los DDHH, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente resultantes de las actividades de la empresa o de sus filiales o subcontratistas. En caso de incumplimiento, las sanciones se limitan a la imposición de multas (cuyos importes no se determinan) y a la obligación muy genérica de reparar el perjuicio que el cumplimiento de dichas obligaciones habría evitado.

Esta Ley de Diligencia Debida consistiría básicamente en aterrizar el borrador de Directiva en nuestro ordenamiento jurídico estatal. Como indica el texto del PE, el objetivo principal debería ser que las empresas "*identifiquen, evalúen, prevengan, interrumpan, mitiguen, supervisen, comuniquen, contabilicen, aborden y corrijan los efectos adversos posibles o efectivos para los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza que sus propias actividades, las de sus cadenas de valor y las relaciones comerciales pueden plantear*" dejando fuera del ámbito subjetivo de aplicación a las PYMEs que no ope-

52 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/

ren en mercados de valores, que no sean consideradas de alto riesgo por su actividad o que se rijan por el derecho de uno de los Estados miembros de la UE, de manera que no se impongan excesivas cargas burocráticas a empresas cuyas actividades (por su naturaleza y por su ámbito de actuación) no suponen riesgos relevantes para los DDHH.

Sería recomendable que las actuaciones de "compliance" que establezca la futura ley como la publicidad de las medidas de diligencia debida adoptadas por las empresas afectadas, su evaluación y revisión, la divulgación de dicha información y los mecanismos de reclamación estuvieran sujetas a un régimen de certificación similar al que establece la ENAC para los sistemas de gestión de compliance penal (norma UNE 19601) o de gestión antisoborno (UNE-ISO 37001). **Para garantizar aún más la veracidad, objetividad, independencia y transparencia de dichos procesos de certificación, sería conveniente que las entidades encargadas de certificar no tuvieran ánimo de lucro y por supuesto ninguna relación con las empresas certificadas, creándose un estricto sistema de vigilancia de los conflictos de interés**.

Respecto de las sanciones que se impongan, el PE proponía que se impongan multas coercitivas calculadas sobre la base del volumen de negocios de la sancionada. Pero además de sanciones pecuniarias, la resolución que las imponga deberá excluir de forma temporal o indefinida a empresas de la contratación pública, de subvenciones, y de ayudas públicas, incluidos los asignados por agencias de crédito a la exportación o por préstamos o cualquier tipo de ayuda financiera proveniente del ICO u otras entidades públicas de crédito. Ello facilitaría la tarea de los Órganos de Contratación a la hora de apreciar el alcance de la prohibición de contratar. Igualmente, las sanciones también podrán consistir en la incautación de mercancías como sugiere el PE, especialmente en el caso de que estas provengan de asentamientos ilegales como en el caso del territorio ocupado palestino.

## b) Limitación de acceso a fondos públicos: Contratos Públicos, Subvenciones y convenios

Para que algunas de las sanciones propuestas anteriormente relativas al acceso a fondos públicos por parte de empresas castigadas por vulnerar los DDHH pueda tener una aplicación efectiva, es necesario contemplar otras reformas complementarias de carácter administrativo. Este segundo gran bloque consistiría en la modificación de las 3 principales normas en vigor en nuestro ordenamiento que permiten a las empresas la obtención de fondos públicos:

## PROPUESTAS PARA LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La primera y más importante supondría una modificación de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). En particular, sería conveniente realizar dos cambios sustanciales, uno relativo a los artículos 71 y siguientes que regulan la prohibición de contratar, y el otro al artículo 211 que regula la resolución de los contratos. Como se ha explicado en apartados anteriores, el artículo 71 recoge una lista de circunstancias cerradas que impiden a las personas jurídicas contratar con las administraciones públicas: algunas de tipo penal (haber sido condenada por delito de terrorismo, cohecho, blanqueo de capitales…), otras de tipo económico y/o administrativo (falseamiento de la competencia, infracciones en materia de extranjería, en materia medioambiental…) y otras de carácter más leve. Sería necesario incluir entre las circunstancias que pueden impedir la participación en la contratación pública el haber sido condenado o sancionado por la vulneración de alguno de los DDHH recogidos en los tratados de carácter internacional ratificados por España. Sin embargo, salvo el delito de trata de seres humanos o de explotación infantil, no existe aún en el ordenamiento jurídico la posibilidad de que una persona jurídica sea condenada por otros delitos o faltas administrativas relacionadas con las vulneraciones de los DDHH de modo que, hasta que no se apruebe una Ley de Diligencia Debida que incluya esa posibilidad de imponer sanciones, este artículo quedaría prácticamente vacío de contenido. Es necesario referirse a algún documento internacional de carácter administrativo firme, como las bases de datos de empresas de la ONU que gozan de un elemento fehaciente sólido y en las que las corporaciones han podido participar mediante un procedimiento contradictorio de defensa con audiencia, presentación de pruebas y alegaciones.

Sería necesario incluir entre las circunstancias que pueden impedir la participación en la contratación pública el haber sido condenado o sancionado por la vulneración de alguno de los DDHH recogidos en los tratados de carácter internacional ratificados por España.

Además, es necesario modificar los artículos 72 y 73 de la Ley de Contratos que establecen el modo en el que los Órganos de Contratación “aprecian” estas prohibiciones. Tanto la prohibición de contratar que surja respecto de las empresas incluidas en las bases de datos de la ONU como las relativas a las empresas que pudieran ser sancionadas por un hipotético procedimiento regulado en la Ley de Diligencia Debida deberían poder apreciarse directamente por el Órgano de Contratación, ya que las primeras no cesarían en

su prohibición de contratar hasta que fueran eliminadas de la lista y las segundas encontrarían la duración y el alcance de la prohibición claramente delimitado en las sanciones impuestas.

El artículo 71 de la LCSP conllevaría a inclusión de nuevas letras i) y j) mientras que el artículo 72 y 73 quedarían redactados de la siguiente manera:

**Artículo 71. Prohibiciones de contratar.**

*1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

*(…)*

***(i) Aquellas personas jurídicas que aparezcan incluidas en las bases de datos publicadas por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas que establezcan determinadas actividades que se relacionan con la vulneración del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos.***

***(j) aquellas personas jurídicas que hayan sido sancionadas por haber causado o contribuido a causar efectos adversos potenciales o reales en los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno mediante sus propias actividades o las vinculadas directamente a sus operaciones, productos o servicios por una relación comercial o en sus cadenas de valor.***

*Será extensiva la prohibición de contratar prevista en las letras (i) y (j) a aquellas entidades vinculadas con las sujetas a prohibición, siempre que se acredite que ha existido entre ambas entidades un traspaso, venta, cesión u operación que permita a la segunda entidad operar en el ámbito de actuación de la primera entidad, en las mismas condiciones que esta última y que dicha operación responda a la finalidad de eludir la aplicación de la prohibición de contratar fijada.*

**Artículo 72. Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento.**

*1. Las prohibiciones de contratar relativas a las circunstancias contenidas en las letras c), d), f), g), h), i) y j) del apartado 1 del artículo anterior, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurran las circunstancias que en cada caso las determinan.* ***En el caso de los supuestos contemplados en la letra i) del primer apartado del artículo anterior, se entenderá que las circunstancias concurren hasta que la persona afectada haya sido retirada de la citada base de datos.***

**Artículo 73. Efectos de la declaración de la prohibición de contratar.**

*(…)*

*2. Todas las prohibiciones de contratar, salvo aquellas en que se den alguna de las circunstancias previstas en las letras c), d), g), h) y j) del apartado primero del artículo 71, una vez adoptada la resolución correspondiente, se comunicará sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado.*

*(...)*

*3. Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.* ***Las contempladas en la letra i) producirán efectos desde la fecha de publicación de la Resolución de Naciones Unidas."***

La prohibición de contratar impide que una empresa pueda participar en una licitación pública. Pero si las sanciones por vulneraciones de DDHH se producen una vez iniciada la ejecución del contrato, la prohibición de contratar no se extiende a este momento del procedimiento. De modo que es necesario introducir alguna modificación que permita a los órganos de contratación resolver los contratos con estas empresas, aunque ya estén iniciados, en el caso de que hayan sido sancionadas conforme establece la modificación que acabamos de proponer al artículo 71.1. Para ello es necesario contemplar una nueva causa de resolución de los contratos, modificando el artículo 211 de la LCSP, que se aplique indefectiblemente, con independencia de la voluntad del Órgano de Contratación, del tipo de contrato al que se refiera o del tiempo de ejecución que le reste.

**Artículo 211. Causas de resolución.**

*1. Son causas de resolución del contrato:*

*(…)*

***j) la aparición en la figura del adjudicatario durante la ejecución del contrato de alguna de las circunstancias contempladas en las letras i) o j) del artículo 71.1 de la presente ley."***

## Recomendaciones de cláusulas de seguimiento en los Pliegos de Condiciones

Mientras se producen estas actualizaciones en la LCSP, los Órganos de Contratación tienen la potestad de incluir desde su entrada en vigor en el año 2018 algunas cláusulas en sus pliegos de condiciones que establezcan que las empresas adjudicatarias de sus contratos respetan de forma exquisita los DDHH durante toda la ejecución del mismo. Así lo dejaba claro la propia LCSP en su exposición de motivos cuando afirmaba lo siguiente:

> *"Además, con el ánimo de favorecer el respeto hacia los derechos humanos, y en especial hacia los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de los pequeños productores de países en vías de desarrollo, se introduce la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización referidos a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate, y en especial podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de comercio justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo (2005/2245(INI)) en su apartado 2".*

En esa línea, el artículo 201 LCSP establece que los órganos de contratación deben adoptar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral que establecen el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado, y en particular las establecidas en el anexo V. En dicho anexo se listan los convenios internacionales en el ámbito social y medioambiental a que se refiere el artículo 201. Sin embargo, hay que tener presente que este anexo no es un numerus clausus dado que el mismo artículo 201 hace referencia de forma genérica a disposiciones de derecho internacional y que el artículo indica literalmente "*y en particular las que establece el anexo V*". Por tanto, **nada impide que el órgano de contratación adopte medidas para garantizar que los contratistas cumplan otros convenios o disposiciones de derecho internacional que vinculen al Estado y que no estén listados entre los que enumera el anexo V de la LCSP**. De hecho, el artículo 10.2 de la Constitución española establece que "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España*".

Una de las herramientas más potentes para alcanzar estos objetivos es la inclusión de condiciones especiales de ejecución en todos los contratos. El artículo 202 de la LCSP fija que los órganos de contratación deberán establecer al menos una condición especial relacionada con la ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden. No parece haber mucha duda en entender que para cumplir con esta obligación el órgano de contratación puede incluir condiciones especiales que tengan relación con la salvaguarda de los DDHH (que indiscutiblemente tiene un componente ético) durante la ejecución del contrato, siempre que se cumplan los habituales requisitos de no discriminación, relación con el objeto del contrato, etc.

En particular, en los contratos de suministros de cualquier bien o producto (por ejemplo agroalimentarios o relacionados con las telecomunicaciones, la vigilancia y la cibervigilancia, en tanto que representan un importante flujo de negocio desde los territorios ocupados) pueden imponerse condiciones de respeto a los DDHH en toda la cadena del ciclo de vida del producto, desde que se extraen, fabrican, diseñan o cultivan sus componentes hasta

que se entregan en la sede el órgano de contratación, pasado por las fases de manufactura, transformación o ensamblaje. En este sentido, la Fundación Alboan ha publicado una interesante Guía donde se recoge algún ejemplo de condiciones especiales de ejecución y de criterios de adjudicación para la compra de productos electrónicos[53] en cuyo proceso de producción con frecuencia se perpetran abusos relacionados con la explotación infantil, el expolio de recursos de pueblos indígenas o de territorios ocupados u otros de naturaleza similar. La Guía sugiere la siguiente redacción para la condición especial de ejecución:

**CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN**

*"La empresa licitadora deberá acreditar mediante los medios señalados más abajo que en la fabricación del suministro u objeto contractual se han seguido las directrices de diligencia debida establecidas en la Guía OCDE sobre suministro responsable de minerales.*

*La acreditación deberá referirse al menos a uno de los siguientes contenidos:*

- *Que la empresa fabricante posee una política de gestión responsable de cadenas de suministro globales de minerales procedentes de zonas en conflicto o en alto riesgo como la que aparece en el Anexo II de la Guía OCDE o alineada con las legislaciones vinculantes de suministro responsable de minerales en conflicto (como el Reglamento UE 2017/821); o bien, en el caso de los productos que son objeto del contrato, una certificación TCO Certified o equivalente. La información que se emplee para acreditar esta cuestión deberá ser de acceso público y estar colgada en la Base de Datos de Transparencia dispuesta por la Comisión Europea*
- *Que la empresa fabricante participe en alguno de los programas industriales alineados con las directrices OCDE de diligencia debida suministro responsable. Para verificar este requisito se podrá acreditar la participación de la empresa en alguno de los programas industriales establecidos por iniciativas multistakeholder como el European Partnership for Responsible Mining (EPRM), la Public-Private Alliance for Responsible Minerals Trade (PPA), la Responsible Minerals Initiative (RMI), el Better Sourcing Programme (BSP) o cualquier otra iniciativa de carácter equivalente reconocida como tal por la Comisión Europea.*
- *Que la empresa fabricante apoye financieramente algún programa o iniciativa de abastecimiento responsable en cualquiera de las áreas de conflicto o en alto riesgo en las que se abastece, con el objetivo de mejorar las condiciones sociales y económicas para los mineros y las comunidades locales, así como para garantizar cadenas de suministro verificables y fomentar la gobernanza minera en la región. Para verificar este requisito se podrá acreditar la participación de la empresa fabricante en alguno de los programas emprendidos con este fin, como los proyectos financiados por el European Partnership for Responsible Mining (EPRM), la Public-Private Alliance for Responsible Minerals Trade (PPA)), el Better Sourcing Programme (BSP), Solutions for Hope (SfH) o cualquier otra iniciativa de carácter equivalente"*

Respecto de los productos y tecnologías de vigilancia y cibervigilancia, la condición especial anterior reviste especial interés porque son varias las empresas que, prestando servicios de vigilancia y ciberseguridad en territorios ocupados, suministran en Europa

53 https://www.tecnologialibredeconflicto.org/wp-content/uploads/recursos/Guia-CPE_TLC-castellano.pdf

otro tipo de productos. Es el caso por ejemplo de la empresa norteamericana Hewlett Packard (conocida como HP), aunque no ha sido incluida en la primera base de datos de Naciones Unidas de la Resolución 34/36, colabora con el mantenimiento del régimen de apartheid israelí mediante la prestación de servicios o suministro de tecnología. En España, son muchas las administraciones que adquieren ordenadores, impresoras, tabletas o pantallas de la marca HP, en ocasiones camufladas bajo otras empresas o filiales. Productos distintos pero suministrados por la misma compañía.

Este tipo de productos se utilizan en estos contextos de ocupación ilegal para someter a la población (a la palestina en particular) a medidas de discriminación, de espionaje indiscriminado a población civil o a personas defensoras de DDHH, para restringir los derechos de circulación, de control y vigilancia en los checkpoints, cárceles o comisarias, por citar algunos ejemplos. Las empresas que prestan este tipo de soporte que permite a las potencias ocupantes mantener la opresión y la subyugación de la población ocupada, comercializan sus productos con frecuencia con las administraciones públicas estatales, autonómicas y locales de nuestro país, que en ocasiones se venden con el valor añadido de estar "probadas en combate" o en situaciones de guerra o conflicto. En la medida en la que esa compra de productos vulnera el derecho internacional, es conveniente que este tipo de contratos de suministros incluyan condiciones especiales de ejecución que limiten la adquisición de dichos productos. A continuación, se presentan dos ejemplos:

### CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN

*La empresa adjudicataria se asegurará de que ninguno de los productos adquiridos y/o suministrado en la ejecución del presente contrato ha sido diseñado, fabricado, probado o utilizado previamente en zonas de conflicto o en lugares sujetos a ocupación de un territorio por la fuerza, en aras a respetar lo establecido en el Derecho Internacional Humanitario y en las resoluciones de los organismos de Naciones Unidas.*

*La trazabilidad de este control se extenderá a lo largo de toda la duración del contrato a los subcontratistas y a los distintos lugares de ensamblaje o montaje de los productos adquiridos. Se entenderá que un producto no cumple con esos requisitos cuando alguno de sus componentes haya sido elaborado o proceda de los lugares indicados en el párrafo anterior.*

*El cumplimiento de esta condición especial de ejecución será supervisado por el Responsable del contrato y su incumplimiento dará lugar a la resolución del mismo"*

*De manera más general, tanto para los contratos de obras, servicios o suministros, otra condición especial de ejecución que garantice que dichas actividades no conlleven una vulneración del DIH respecto de los territorios ocupados en Palestina o en el Sáhara, puede consistir en un compromiso mediante el cual el adjudicatario respetará una serie de resoluciones de la AGNU o establecerá un sistema de debida diligencia específico para la ejecución del contrato que garantice que ni los bienes o servicios que vayan a formar parte del contrato hayan sido producidos, elaborados, desarrollados, fabricados, ensamblados en lugares en conflicto, bajo ocupación o en los asentamientos declarados como ilegales por el derecho internacional.*

**CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN**

*"La empresa implementará un plan de vigilancia que permita la prevención, identificación, evaluación, interrupción, supervisión, comunicación y corrección para los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza que sus propias actividades, las de sus cadenas de valor y las relaciones comerciales con sus subcontratistas o filiales pueden plantear durante la ejecución del contrato. Dicho sistema garantizará el respeto a los Tratados Internacionales y las Resoluciones de Naciones Unidas que regulan el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos y será presentado en un plazo de 15 días a contar desde el día siguiente de la formalización del contrato.*

*El Plan pondrá especial detalle en controlar que los productos suministrados y utilizados para la ejecución del contrato respetan los Derechos Humanos durante toda su cadena de valor, y garantizará que los mismos no proceden de territorios ocupados ilegalmente de conformidad con el Derecho Internacional y las Resoluciones de Naciones Unidas.*

*El Plan deberá ser aprobado por el responsable del contrato. En caso de discrepancias con el contenido de la versión inicial, la empresa adjudicataria contará con un plazo de 10 días adicionales para realizar las modificaciones oportunas sugeridas por aquel, a contar desde el día siguiente a la recepción de los comentarios recibidos.*

*Una vez en marcha, el plan podrá revisarse de manera temporal cada XX meses.*

*El cumplimiento de esta condición especial de ejecución será supervisado por el Responsable del contrato y su incumplimiento dará lugar a la resolución del mismo"*

Además de las condiciones especiales de ejecución, algunas Entidades Locales como por ejemplo los Ayuntamientos de Cádiz[54] o Barcelona vienen exigiendo ya a los licitadores que presenten una declaración jurada en la que declaren no haber si sancionados por las Naciones Unidas u otro organismo internacional por la comisión, directa o indirecta, de graves vulneraciones de los DDHH ni del DIH, en la que se comprometan a respetar escrupulosamente los DDHH durante toda la ejecución del contrato, y en particular que confirmen que los productos y los servicios que formarán parte del contrato no se han probado sobre población civil en situaciones de ocupación ilegal de un territorio, lo cual es especialmente relevante en lo que se refiere a la compra de suministros para contratos de vigilancia y ciberseguridad. En caso de falseamiento de dicha declaración, serán excluidos del correspondiente procedimiento de contratación.

La base jurídica para justificar dicha medida es la siguiente. El artículo 71 LCSP establece que no pueden contratar con las entidades previstas en el artículo 3 las personas que hayan incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140. El artículo 140 LCSP indica que las proposiciones en el procedimiento abierto deben acompañarse de una declaración responsable que se ajuste al formula-

54 La declaración aparece incluida como Anexo IV en la Instrucción de contratación estratégica y derechos Humanos del Ayuntamiento de Cádiz, disponible en su perfil del contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Estado en el siguiente enlace: https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink%3AperfilContratante&idBp=4J7fogYZmMYQK2TEfXGy%2BA%3D%3D

rio de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente en la que el licitador ponga de manifiesto "*que no está incurso en prohibición de contratar por sí misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de esta Ley.*" Por otra parte, el artículo 140.2 de la LCSP prevé la posibilidad de que el pliego de cláusulas administrativas particulares exija la acreditación de otras circunstancias diferentes de las que comprende el formulario del documento europeo único de contratación y que en este supuesto debe indicarse la forma de su acreditación. Y el artículo 85 de la LCSP establece que la prueba, por parte de los empresarios, de no estar incursos en prohibiciones para contratar puede realizarse mediante un testimonio judicial o una certificación administrativa, según los casos. Cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá sustituirse por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado.

Asimismo, el apartado 3º del mismo artículo 140 indica que "*El órgano o la mesa de contratación pueden solicitar a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando sea necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato*". En consecuencia, en el supuesto de que el órgano de contratación o la mesa tengan dudas razonables (indicios para constatar la falsedad, por ejemplo a consecuencia de informes, reportes, resoluciones de organismos o instituciones oficiales que hayan sido objeto de publicación) que la empresa licitadora ha incurrido en falsedad a la hora de cumplimentar la declaración responsable de DDHH, **podrá solicitarle que presente la totalidad o una parte de los documentos justificativos que acrediten la vigencia o fiabilidad de la declaración**. Esta solicitud deberá realizarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato.

Una iniciativa interesante que los municipios pueden poner en marcha es un observatorio o comisión de vigilancia de los DDHH en la contratación.

Debido a las limitaciones de recursos de las administraciones, especialmente las locales, y a la espera de que una Ley de Diligencia Debida instaure los sistemas de control adecuados, resulta de crucial interés la colaboración de la sociedad civil a la hora de detectar este tipo de declaraciones falseadas o de contratos públicos en los que no está garantizada la protección de los DDHH y del DIH. Una iniciativa interesante que los distintos municipios pueden poner en marcha es un observatorio o **comisión de vigilancia de los DDHH en la contratación**. Este organismo debería estar integrado exclusivamente por organizaciones sin ánimo de lucro o de otra naturaleza siempre y cuando permita garantizar su independencia de los intereses empresariales. Sus funciones deberían

consistir, por un lado, en ayudar a las administraciones públicas a identificar qué tipo de contratos pueden resultar problemáticos en materia de DDHH (debido a los productos que se contraten o a las empresas que suelen participar y que puedan estar involucradas en vulneraciones del Derecho Internacional) así como a realizar investigaciones y aportar pruebas en caso de dudas respecto de las declaraciones descritas en los párrafos anteriores. Ello ayudaría a generar un repositorio general de empresas y DDHH, que podría estar disponible de forma accesible y gratuita para todas las administraciones que deseen tener acceso a su contenido.

## PROPUESTA LEY 38/2003 GENERAL DE SUBVENCIONES

Además de los contratos públicos, las **subvenciones** son otra importante fuente de obtención de fondos públicos para las grandes empresas. Aunque pueda parecer que normalmente se tratan de partidas más pequeñas o destinadas a sociedades de pequeña dimensión, nada más lejos de la realidad, pues existen de muy diversos tipos y tamaños. Basta con echar una vistazo a la página web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo para encontrar ayudas de capital riesgo, préstamos bonificados, subvenciones directas u otro tipos de inyecciones de capital que, de una u otra manera, ya sea de forma directa o a través de pequeñas filiales, proyectos, fundaciones u otras estructuras societarias participadas por grandes sociedades acaban llegando a este tipo de empresas[55].

La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones[56] es la norma por antonomasia que vertebra jurídicamente los procedimientos de acceso a muchas de estas ayudas directas o indirectas. En su artículo 13.2, de una forma similar a la utilizada en la Ley de Contratos, establece que personas físicas o jurídicas no pueden obtener la condición de beneficiarios o entidad colaboradora por incurrir en una serie de circunstancias tasadas. Parece igualmente oportuno que, si una empresa no puede resultar beneficiaria de una subvención por no hallarse, por ejemplo, al corriente de pagos de sus obligaciones con la Seguridad Social, tampoco podría serlo en el caso de haber consumado o participado en la vulneración de DDHH. De este modo, **se propone una modificación del artículo 13.2 y 13.4 de la Ley 38/2003 de manera muy similar a la propuesta para la LCSP.**

55 Empresas como ENDESA recibieron en el año 2020 unos 1,7 millones de euros en subvenciones provenientes del Estado https://www.endesa.com/es/nuestro-compromiso/transparencia/desglose-informacion-fiscal Otras empresas como Telefónica reciben cantidades similares. Solo en la convocatoria ÚNICO recibió 196 millones de euros en ayudas https://www.elespanol.com/invertia/empresas/tecnologia/20211028/telefonica-millones-ayudas-programa-llevar-fibra-rurales/622938689_0.html

56 BOE núm. 276, de 18/11/2003. https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-20977

**"Artículo 13. Requisitos para obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora.**

*(…)*

*2. No podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes, salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora:*

*(...)*

***(i) Estar incluidas en las bases de datos publicadas por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas que establezcan determinadas actividades que se relacionan con la vulneración del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos.***

***(j) Haber sido sancionadas por haber causado o contribuido a causar efectos adversos potenciales o reales en los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno mediante sus propias actividades o las vinculadas directamente a sus operaciones, productos o servicios por una relación comercial o en sus cadenas de valor.***

*k) No podrán acceder a la condición de beneficiarios las agrupaciones previstas en el artículo 11.3, párrafo segundo cuando concurra alguna de las prohibiciones anteriores en cualquiera de sus miembros.*

*l) Las prohibiciones de obtener subvenciones afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.*

*(...)*

*4. Las prohibiciones contenidas en los párrafos b), d), e), f), g), h), i), j), k) y l) del apartado 2 y en el apartado 3 de este artículo se apreciarán de forma automática y subsistirán mientras concurran las circunstancias que, en cada caso, las determinen ley 40/2015.* ***En el caso de los supuestos contemplados en la letra i) del primer apartado del artículo anterior, se entenderá que las circunstancias concurren hasta que la persona afectada haya sido retirada de la citada base de datos".***

## PROPUESTA LEY 40/2015 DE RÉGIMEN DE SECTOR PÚBLICO

En tercer lugar, conviene restringir también la firma de convenios. Su uso se ha reducido notablemente en los últimos años gracias a la definición dada por la LCSP en la que se establece, resumidamente, que sólo podrá firmarse un convenio siempre y cuando no sea posible llevar a cabo un contrato público para la realización de las actividades o servicios previstos. A pesar de su carácter residual, la figura de los convenios sigue siendo una figura muy lucrativa para las grandes corporaciones y las administraciones públicas deberían acotar aún más su celebración con el sector privado, excluyendo la posibilidad de efectuar ninguno con aquellas empresas que hayan cometido o colaborado en la comisión de vulneraciones de DDHH. Para ello, basta con una sencilla modificación de la Ley 40/2015, de Régimen del Sector Público y en concreto, del Capítulo VI "De los

Convenios" del Título Preliminar de la ley, donde nuevamente se incluya una disposición similar a las anteriormente desarrolladas:

**"Artículo 48. Requisitos de validez y eficacia de los convenios.**

*(…)*

*10. Las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas no podrán celebrar convenios con sujetos de derecho privado que hayan sido incluidos en las bases de datos publicadas por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas que establezcan determinadas actividades que se relacionan con la vulneración del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos. Tampoco podrán celebrarlos con sujetos de derecho privado que hayan sido sancionados por haber causado o contribuido a causar efectos adversos potenciales o reales en los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno mediante sus propias actividades o las vinculadas directamente a sus operaciones, productos o servicios por una relación comercial o en sus cadenas de valor."*

## c) Limitaciones a la actividad comercial con los asentamientos ilegales

Respecto de las multinacionales que se lucran con el negocio de la ocupación, no solo es necesario restringir su acceso a los fondos públicos de nuestras administraciones, sino que es preciso ir más allá y establecer limitaciones que impidan a dichas empresas obtener beneficios de cualquier tipo de intercambio comercial que se nutra de la vulneración del DIH en los contextos de ocupación de territorios por la fuerza. Ello tiene especial relevancia en el Territorio Palestino Ocupado y en el Sáhara Occidental donde la actividad económica y los ingresos generados gracias y por la ocupación son enormes como hemos examinado en el apartado 3.

En España, la norma que actualmente regula la ilegalidad de determinadas actividades comerciales es la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando[57]. Actualmente, la ley tipifica como delitos la comercialización de productos que, siendo de lícito comercio, no cumplen con los requisitos aduaneros-administrativos, la de aquellos que consistan en el expolio el patrimonio público o la de drogas, armas, explosivos u otros cuya tenencia esté prohibida, por sintetizar algunos de los elementos más importantes que el legislador consideró oportuno definir como contrabando. La modificación que se propone a continuación establece un nuevo elemento que determina la ilegalidad de la actividad comercial: el origen de los productos. En concreto, **el hecho de que hayan sido producidos, fabricados, manufacturados, tratados o terminados en asentamientos de territorios ilegalmente ocupados según el Derecho Internacional**. Aunque la importación de estos productos podría encajar en la definición del delito de contrabando que ya establece el artículo 1.b cuando se refiere a los productos que no cumplen "*con los requisitos legalmente establecidos para acreditar*

57 «BOE» núm. 297, de 13/12/1995. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26836

*su lícita importación",* se ha preferido incluir un tipo nuevo específico para esta casuística que evite interpretaciones distorsionadas. La propuesta de modificación legislativa no solo recoge esta nueva casuística del delito de contrabando, sino que establece las sanciones y además la considera delito siempre, con independencia del importe de las mercancías importadas, a diferencia del resto de supuestos contemplados en la ley en los que por debajo de un determinado importe pasan a considerarse infracciones administrativas. La propuesta sería la siguiente:

## LEY ORGÁNICA 12/1995, DE 12 DE DICIEMBRE, DE REPRESIÓN DEL CONTRABANDO

Uno. Se añade un nuevo apartado 21 al artículo 1 "Definiciones", que queda redactado como sigue:

> *«21. "Productos y recursos obtenidos de asentamientos ilegales en territorios ocupados". Productos o recursos que hayan sido elaborados, extraídos, manufacturados, fabricados, procesados, tratados o terminados en territorios ocupados»*

Dos. Se modifican los apartados 4 y siguientes del artículo 2 "Tipificación del Delito", que quedan redactados de la siguiente manera:

> *«4. Cometen delito de contrabando quienes importen, exporten, introduzcan, expidan o realicen cualquier otra operación de carácter comercial de productos elaborados y recursos obtenidos de asentamientos ilegales en territorios ocupados"*
>
> *5. También comete delito de contrabando quien, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo en las que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos aisladamente considerados no alcance los límites cuantitativos de 150.000, 50.000 ó 15.000 euros establecidos en los apartados anteriores de este artículo, pero cuyo valor acumulado sea igual o superior a dichos importes.*
>
> *6. Las anteriores conductas serán igualmente punibles cuando se cometan por imprudencia grave.*
>
> *7. Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurran las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas.*
>
> *8. Asimismo, cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, le será de aplicación lo previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal.»*

Tres. Se modifican los primeros párrafos de los apartados 1 y 3 del artículo 3 "Penalidad", que quedan redactados de la siguiente manera:

> *«1. Los que cometieren el delito de contrabando serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos, salvo aquellos que se comentan según lo regulado en el artículo 2.4, que serán castigados con penas de prisión de cinco a diez años, y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objetos del contrabando.*
>
> *En los casos previstos en las letras a), b) y e), salvo en esta última para los productos de la letra d), del artículo 2.1 las penas se impondrán en su mitad inferior. En los demás casos previstos en el artículo 2 las penas se impondrán en su mitad superior.*
>
> *En los casos de comisión imprudente se aplicará la pena inferior en un grado.*
>
> *(…)*
>
> *3. Cuando proceda la exigencia de responsabilidad penal de una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.7, y tras aplicar los criterios establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se impondrá la pena siguiente: (...)»*

Cuatro. Se modifica el artículo 11 "Tipificación de las infracciones", que queda redactado de la siguiente manera:

> *«Artículo 11. Tipificación de las infracciones.*
>
> *1. Incurrirán en infracción administrativa de contrabando las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que lleven a cabo las acciones u omisiones tipificadas en los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la presente Ley, cuando el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 150.000 o 50.000 euros, respectivamente, o a 15.000 euros si se trata de labores de tabaco, y no concurran las circunstancias previstas en los apartados 3 y 4 de dicho artículo, con excepción de aquellas contempladas en el apartado 4 del artículo 2 se considerarán siempre delito de contrabando con independencia de su cuantía.»*

## d) Otros tipos delictivos que reformar en el Código Penal y el crimen de Apartheid

A nivel penal, y sin entrar en alto grado de detalle, no tiene sentido que haya quedado demostrada la posibilidad de que las empresas privadas puedan participación en la comisión de vulneraciones del DIH y de los DDHH y que, a su vez, no puedan resultar responsables de esas conductas en nuestro código penal[58]. Por tanto, los delitos de genocidio, de lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado recogidos entre los artículos 605 y 614 bis deberían ampliar su ámbito subjetivo a las personas jurídicas.

58 «BOE» núm. 281, de 24/11/1995 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444

Por último, pero no menos importante, **sería altamente recomendable que el Estado ratificase la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del crimen de Apartheid**[59]. Como han denunciado multitud de organizaciones humanitarias internacionales como Amnistía Internacional[60], Human Right Watch[61] o incluso organizaciones israelíes o palestinas defensoras de los DDHH como B`tselem[62], Al-Aqsa[63] así como los relatores especial de Naciones Unidas para Palestina como Michael Lynk[64], Richard Falk[65] y John Dugard[66] la ocupación ilegal de Palestina es solamente un elemento más que forma parte de un régimen institucionalizado de apartheid que el Israel aplica al pueblo palestino, y que constituye un crimen de lesa humanidad de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Estatuto de Roma.

59 Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973. Disponible online en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1426.pdf Consultado el 3 de febrero de 2022

60 "Israel's apartheid against Palestinians: a cruel system of domination and a crime against humanity" – 22 de febrero de 2021 Disponible online en https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/02/israels-apartheid-against-palestinians-a-cruel-system-of-domination-and-a-crime-against-humanity/ Consultado el 3 de febrero de 2022

61 "A Threshold Crossed. Israeli Authorities and the Crimes of Apartheid and Persecution" – 27 de abril de 2021 https://www.hrw.org/report/2021/04/27/threshold-crossed/israeli-authorities-and-crimes-apartheid-and-persecution

62 Disponible online en https://www.btselem.org/apartheid Consultado el 3 de febrero de 2022

63 Disponible online en https://www.alhaq.org/advocacy/16183.html Consultado el 3 de febrero de 2022

64 Disponible online en https://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25319 Consultado el 3 de febrero de 2022

65 Informe del relator especial para la situación de los Derechos Humanos en Palestina. Disponible online en https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A-HRC-25-67_en.pdf

66 Informe del relator especial para la situación de los Derechos Humanos en Palestina. Implementación de la Resolución 60/2015de la AGNU. Disponible online en https://undocs.org/en/A/HRC/4/17

# 6. CONCLUSIONES

Existe una abrumadora evidencia jurídica, integrada por resoluciones, sentencias, opiniones consultivas, informes y demás documentos, vinculantes y semi-vinculantes, emitidos por organismos internacionales que constatan que tanto la ocupación de Palestina como la del Sáhara Occidental es ilegal y contraria al Derechos Internacional. Ese mismo acervo jurídico ha constatado que tanto dichas ocupaciones como las actividades conexas necesarias para su mantenimiento y perpetuación como entre otros, los asentamientos, suponen graves vulneraciones del DIH recogido en la Cuarta Convención de Ginebra, y de los DDHH regulados, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto por los Derechos Civiles y Políticos, en el Estatuto de Roma, en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del crimen de Apartheid, en la Convención Europea de Derechos Humanos, en la Carta Europea de Derechos Humanos y en una extensa lista de tratados y acuerdos internacionales.

> El ordenamiento jurídico español se encuentra obsoleto en lo referente a un sistema de protección de garantice un régimen de vigilancia, investigación, sanción y reparación de los daños causados por las grandes corporaciones que cometen vulneraciones del DIH y de los DDHH en el Territorio Palestino Ocupado y el Sáhara Occidental

Sin embargo, y aunque dichos tratados y acuerdos forman parte positiva del ordenamiento jurídico español a un nivel superior en la jerarquía del sistema de fuentes del derecho, aquel se encuentra obsoleto en lo referente a un sistema de protección que garantice un régimen de vigilancia, investigación, sanción y reparación de daños causados por las grandes corporaciones que cometen vulneraciones del DIH y de los DDHH en el Territorio Palestino Ocupado y el Sáhara Occidental, beneficiándose económicamente de las mismas.

Ante la ausencia de un sistema judicial internacional con competencias para la persecución y castigo de estos crímenes y de una UE incapaz de dotarse de competencias o dar respuesta al cada vez mayor impacto de la actividad de las compañías europeas en los DDHH de los pueblos ocupados con cuyas potencias ocupantes mantiene relaciones políticas y comerciales, **es urgente llevar a cabo una serie de reformas normativas a nivel estatal que permitan garantizar el respeto a los DDHH y al DIH por parte de las empresas con nacionalidad española o con aquellas otras que, de un modo u otro, operan comercialmente en nuestro país.**

Para ello, se ha propuesto la adopción de una Ley de Diligencia Debida de Empresas y DDHH, basada en la propuesta de Directiva del PE de marzo de 2021 y más exigente que la propuesta de Directiva propuesta en febrero de 2022 por la Comisión Europea: inspirada en los Principios Rectores, en la que se configure un sistema de salvaguardas que anule o limite el impacto en los DDHH de las empresas multinacionales cuya actividad puede resultar un riesgo para ellos, estableciendo sanciones en caso de que se produzcan vulneraciones y herramientas de reparación a las víctimas. En ese sistema deben jugar un papel crucial las organizaciones sin ánimo de lucro en tanto que entidades certificadoras de las buenas prácticas puestas en marcha por las empresas para evitar la comisión de este tipo de crímenes señalados por el Derecho Internacional.

También se han propuesto una serie de reformas legislativas a la LCSP, a la Ley de Subvenciones y a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público para que las empresas que hayan incurrido en este tipo de vulneraciones no puedan acceder a la concesión de fondos públicos. En concreto, en lo que respecta a la contratación pública, se han realizado algunas propuestas en forma de condición especial de ejecución que permitan garantizar que los bienes y servicios suministrados a las administraciones públicas no han sido prestados o fabricados por empresas vinculadas con vulneraciones de DDHH o que no han sido elaborados, transformados, manufacturados o ensamblados en asentamientos ilegales, **con especial incidencia en los productos relacionados con la videovigilancia y la ciberseguridad**.

Finalmente, además de limitar el acceso a financiación de carácter público, se ha considerado conveniente realizar propuestas que permitan bloquear cualquier lucro por parte de estas empresas involucradas en las comisiones de estos delitos, también en el sector privado, mediante la limitación absoluta de la comercialización de productos provenientes de asentamientos ilegales. No solo no deben proveer a las administraciones, sino que ni siquiera deberían formar parte del flujo comercial del mercado interior en la UE porque, en tanto que han sido fabricados en un lugar de origen cuyo régimen de funcionamiento político y económico es ilegal según el Derecho internacional, los productos deben serlo igualmente. Para ello se ha propuesto modificar la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, tipificando como delito de contrabando la importación, exportación o realización de cualquier otra operación de carácter comercial de productos elaborados y recursos obtenidos de asentamientos ilegales en territorios ocupados.

NOVACT

suds Internacionalisme Solidaritat Feminismes

Con la financiación de:

Ajuntament de Barcelona