

LOS ACTORES NO ESTATALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

NON STATE ACTORS AND INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA*
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 19-12-18

Fecha de aceptación: 12-3-19

Resumen: *Este artículo analiza a los actores no estatales (con exclusión de las organizaciones internacionales) en el Derecho internacional de los derechos humanos, teniendo en cuenta algunos desafíos. Los desafíos del Derecho internacional de los derechos humanos por los Actores no estatales se dan en muchos sectores, como el Derecho internacional humanitario, los principios rectores, los Objetivos de desarrollo sostenible, entre otros, plantean la cuestión de si estamos en un Derecho internacional en transición. La ruptura de la interestatalidad no es un fenómeno nuevo. Pero los desafíos actuales plantean la necesidad de transformar cuestiones relevantes en los sujetos y las normas e incluso en la concepción del Derecho internacional. Los planteamientos clásicos son insuficientes hoy. Las paredes maestras del DI y del DIDH deben cambiar.*

Abstract: *This article analyzes the non State actors in International law of human right (excluding international organizations), taking into account some challenges. International challenges of International law of human rights by the presence of non state actors are present in sectors like International humanitarian law, guiding principles business and human rights, sustainable developments goals, and among others, raise the question if we are in an International law in transition. The rupture of the interstate feature in International law is not a new phenomenon. But present challenges pose the need to transform some relevant questions in the theory of subjects, of norms and even in the conception of International. Classical approaches do not work in present times. Foundations of International law and International human rights law must change.*

* Este trabajo es uno de los resultados del proyecto *Actores económicos internacionales y derechos humanos: especial relevancia para España* (Proyecto DER 2014-55848-P).

Palabras clave: actores no estatales, Derecho internacional de los derechos humanos, Objetivos de Desarrollo Sostenible, empresas y derechos humanos

Keywords: Non State actors. International law of human rights, Sustainable Development Goals, Business and human rights

1. INTRODUCCIÓN

La presente reflexión es sobre los actores no estatales (a partir de ahora ANE) en el Derecho internacional (a partir de ahora DI). Se pretende abordar su posición en el Derecho internacional de los derechos humanos (a partir de ahora DIDH). La relevancia de los ANE en la elaboración y aplicación del Derecho internacional y en el funcionamiento de la sociedad internacional ha llevado a poner en entredicho algunos paradigmas clásicos. Un DI interestatal desbordado por el creciente papel de los ANE en la gobernanza¹. Aparecen términos nuevos como derecho global, gobernanza, alianzas público-privadas, redes, políticas globales, entre otros, ajenos a la terminología clásica del DIDH, que evidencian nuevas direcciones del Derecho.

Son muchos los ámbitos del DI y del DIDH que se ven afectados por esta reorientación, lo que ha dado lugar a reflexiones generales sobre los ANE en el DIDH, así como a análisis particulares en el ámbito del Derecho internacional humanitario², del derecho internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, del derecho internacional de las migraciones o de los re-

¹ Vid. W. HEERE, *From government to governance. The growing impact of non State actors in the international and European legal system*, Asser press, 2004; D. STONE, *Knowledge actors and transnational governance: the private-public policy nexus in the global agora (non governmental public action)*, 2013.

² Vid. D. MURRAY, *Human rights obligation of non State actors armed groups in International law*, Hart, 2018; J. HYERAN, *Compliant rebels (problems of international politics)*, Cambridge University Press, 2017; L. IÑIGO ALVAREZ, "Los grupos armados ante el Derecho internacional contemporáneo. Obligaciones y responsabilidad", *REEL*, 2016; K. MASTORODIMOS, *Armed non state actors in International law and human rights law: foundation and framework of obligations*, Routledge, 2015; G. ROSE, B. OSWALD, *Detention of non-State actors engaged in hostilities. The future law*, Brill Nijhoff, 2016; T. RODENHAUSER, *Organizing rebellion: non State armed groups under international humanitarian law, human rights law and international criminal law*, Oxford, 2018; A. SANCHEZ LEGIDO, "¿Podemos armar a los rebeldes? La legalidad internacional del envío de armas a grupos armados no estatales a la luz de los conflictos libio y Sirio", *REEL*, 2015.

fugiados, del DI en materia de terrorismo, del derecho de la responsabilidad internacional, entre otros sectores³.

En este estudio no podemos abordar todos y cada uno de los ANE ni de las cuestiones que se podrían plantear. A los efectos de este estudio excluimos como ANE a las Organizaciones internacionales, no solo por ser sujetos secundarios e intergubernamentales –al haber sido creados por los Estados–, sino porque su problematicidad nos llevaría por otros derroteros. Tampoco abordamos todos los ANE, lo que sería inabarcable e innecesario. Pretendemos hacer un análisis de conjunto con objeto de identificar líneas comunes a diversos ANE, los más relevantes en la sociedad internacional contemporánea, que permitan trazar una fenomenología transversal, que identifique los elementos de cambio del DIDH.

En este estudio nos centramos en los Objetivos de desarrollo sostenible (2015), los Principios Rectores empresas y derechos humanos (2011) o los trabajos de la CDI sobre protección de las personas en los desastres (2016), entre otras diversas evoluciones recientes, que pueden aportar nuevas luces sobre la posible evolución de la concepción y caracteres del DIDH y del DI. Estos ejemplos, junto a otros que exponemos a lo largo del trabajo, son botones de muestra comunes a diversos ANE.

2. NUEVAS APROXIMACIONES A LOS ANE EN EL DIDH

2.1. La creciente relevancia de los ANE para el DI y el DIDH

Indica Beck que vivimos en tiempos de gobernanza preventiva global, en la denominada sociedad del riesgo mundial⁴. Casi todos los riesgos globales

³ Vid. K. MILLS, D. KARP, *Human rights protection as global politics. Responsibility of States and non State actors*, 2015; E. NYKANEN, *Fragmented State power and forced migration. A Study on non State actors in refugee law*, Martinus Nijhoff publishers, 2012; A. VANDENBOGAERDE, *Towards shared accountability in international human rights law*, 2016; KOTTER, M. (ed.), *Non State Justice institutions and the law*, 2015; N. PUSHPARAJAH, *Human rights obligations of armed non State actors in the international armed conflicts*, 2016.

⁴ U. BECK, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Estado y sociedad, 2008, reimpre, p. 28. E. GRANDE, “Riesgos globales y gobernanza preventiva” en D. INNERARITY, J. SOLANA, (eds.), *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, Paidós, 2011, p. 123; Asimismo, I. MARRERO ROCHA, “Los actores internacionales en el ámbito de la no proliferación y el desarme nuclear: características e impacto”, *REDI*, vol. LXIV, núm. 1, 2012, pp. 73-102; Id., “Nuevas dinámicas en las relaciones entre crimen organizado y grupos terroristas”, *REDI*, vol. 69, núm. 2, 2017, pp. 145-169.

identificados por las estrategias de seguridad nacional (véase, por ejemplo, la última de España o la europea), por los análisis de los Institutos y centros de investigación o derivados de las catástrofes y desastres derivan de la acción con los ANE y tiene relación con los derechos humanos, de una u otra manera. Basta recordar nombres como Seveso, el Prestige, Bopal, Chernobil, Exxon Valdés, Talidomida, Yugoslavia, Irak, Torres Gemelas, 11-M, Ruanda, Siria, Chechenia, Kosovo, Somalia, Libia. Muchas de estas situaciones, que producen violaciones de derechos humanos, han sido producidas por ANE.

El comportamiento de ANE tiene mayor relevancia en el DIDH de la que se le ha prestado tradicionalmente. Así el Tribunal Europeo de derechos humanos ha considerado el alcance extraterritorial del derecho a no ser sometido a torturas, en terceros países, por ANE, como un límite a la expulsión de un extranjero. En esta línea, en el *caso HLR c Francia*,⁵ un demandante colombiano se oponía a su expulsión por el riesgo de sufrir tortura por un grupo de narcotraficantes que le habían reclutado para transportar droga. Para el TEDH el carácter absoluto del derecho garantizado no se excluye cuando el peligro emane de un ANE, si se demuestra que el riesgo existe realmente y que las autoridades del Estado de destino no están en condiciones de hacer frente mediante una protección adecuada, como ha analizado Bollo Arocena⁶.

Como evidencia la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales, muchos crímenes contra la humanidad y genocidios son cometidos por ANE (rebeldes, insurgentes, beligerantes, movimientos de liberación nacional y otros grupos armados, así como por empresas), a los que se aplica tanto el DIDH como el Derecho penal internacional⁷.

⁵ Sentencia del TEDH del 29 de abril de 1997.

⁶ En el mismo sentido en el *caso Me c Francia* sobre la expulsión a Egipto de un miembro de una minoría religiosa perseguida en ese país indicó que “incluso si los riesgos provienen de personas privadas y no directamente del Estado, la ausencia de reacción de parte de las autoridades de policía frente a las quejas planteadas por los cristianos coptos, denunciadas por los Informes internacionales, instaura una seria duda en cuanto a la posibilidad por la demandante de recibir una protección adecuada por las autoridades egipcias”. En el *caso Suf y Elmi C. Reino Unido*, consideró que la devolución a Somalia podía llevar al riesgo real de ser sometidos a los demandantes a malos tratos por la milicia Hawiye; en el *caso Ahmed c Austria* se consideró que en Somalia no había autoridad pública capaz de proteger al demandante. Vid. M.D. BOLLO AROCENA, *Expulsión de extranjeros, Derecho internacional y derecho europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 110-113.

⁷ Vid. Junto, a la doctrina antes citada, T. MARIANA, *Accountability under human rights law of non state actors for genocide and crimes against humanity: individuals, armed groups and corporations*, Lambert, 2011.

En la obra *Los sujetos del Derecho internacional actual*⁸, Barberis no utiliza el término ANE ni les presta mucha atención. Los ANE se diferencian de los sujetos de Derecho en cuanto que la noción no se refiere a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones sino a su influencia en el sistema social (interno o internacional). Ambas nociones se mueven en planos distintos, pero confluyen en preocupaciones actuales para el desarrollo del DIDH. Los ANE casi no tienen espacio en los libros de Derecho pues, como decía Rodríguez Carrión, no son sujetos indiscutibles del ordenamiento⁹.

Pero una comprensión integral del fenómeno jurídico internacional –en expresión de Virally¹⁰– y de los derechos humanos, exige un análisis de los vasos comunicantes entre los sujetos de Derecho y los ANE, desde una metodología no formalista, que tenga en cuenta la relevancia jurídica del contexto socio-histórico de la globalización.

Muchos de los nuevos retos del DIDH tienen relación con los ANE. Muchos desarrollos del DI se han hecho para proteger a los ANE. Así, por ejemplo los desarrollos del DI en la denominada *responsabilidad de proteger* se hicieron para complementar las deficiencias del derecho penal internacional en relación con la ineficacia del Derecho internacional y la parálisis del Consejo de Seguridad. Una década después, las crisis en Siria y en Libia evidencian la ineficacia del objetivo. También muestran que los ANE deberían tener en el futuro un papel más relevante en este marco.

Los trabajos de la Comisión de Derecho internacional de Naciones Unidas sobre la *protección de las personas en caso de desastre* se han hecho desde un nuevo enfoque basado en derechos humanos, lo que conduce a planteamientos innovadores. Las víctimas de un desastre sufren violaciones de derechos humanos (derecho a la vida, a la alimentación, a la salud, a la vivienda, a no ser discriminado, entre otros). El objeto de este proyecto de artículos es (art. 2) facilitar una respuesta adecuada y efectiva a los desastres, a fin de

⁸ Así se refiere al Estado, las Organizaciones internacionales, los sujetos vinculados a la actividad religiosa, a una situación de beligerancia, a la actividad asistencia y a las personas privadas. J.A. BARBERIS, *Los sujetos del Derecho internacional actual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

⁹ A. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 5ª ed., 2002, p. 139; Así los manuales del Derecho internacional dedican muy poco espacio a los empresas, cuando lo hacen a otros ANE (y casi todo el espacio se dedica al Estado, los pueblos, las organizaciones internacionales, los movimientos de liberación nacional, los beligerantes, la Santa Sede y la Ciudad del Vaticano).

¹⁰ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Panteón Assans, 1960, reed. 1998, avant propos de P.M. Dupuy, C. Leben, París, 1998, pp. 9 ss.

atender las necesidades y los derechos de las personas. Se pone atención a la dignidad y a los derechos de las personas afectadas por un desastre. Es un cambio de orientación importante en la manera de enfocar los desastres.

El D.I. en materia de desastres está condicionado por el principio de igualdad soberana y de no intervención. De ahí que el soberano tenga el derecho (y la obligación) de reaccionar frente al desastre y tenga derecho a controlar las operaciones frente al mismo, como establece el D.I. general; o que los Estados tengan derecho a prestar el consentimiento a terceros para que suministren socorros humanitarios¹¹.

La humanización del DI y las consecuencias de valores y principios como los de dignidad y humanidad han inspirado estos desarrollos progresivos del DI. El proyecto se basa en la existencia de algunos tratados internacionales pero también y fundamentalmente en la propia práctica de los ANE, en conexión con el comportamiento de los Estados, al llevar a cabo la asistencia humanitaria. Es un sector en el que se invocan más directrices, principios rectores o resoluciones que tratados o normas internacionales¹².

También se pone el acento en los ANE cuando una empresa privada vende armas a un Estado, si eso favorece la violación de derechos humanos, o cuando se derrumba un edificio en el que mueren personas que trabajaban en un país tercero en condiciones laborales deficientes y en beneficio de las multinacionales (caso Rana Plaza¹³); o cuando se desalojan tierras ancestrales indígenas en Guatemala, con violaciones sexuales y de derechos humanos, que pretenden ser reparadas en los Tribunales de Canadá,

¹¹ Vid. C. FERNANDEZ LIESA, D. OLIVA MARTINEZ, *El Derecho internacional y la cooperación frente a los desastres en materia de protección civil*, Dirección general de protección civil y emergencias, Madrid, 2012; A. CANO LINARES, "Fundamentación jurídica internacional de la asistencia humanitaria", *Asistencia sanitaria en crisis humanitarias*, Estebanez, P., Jiménez, C., 2017, pp. 17-30.

¹² Así, entre otros, se invocan por los actores humanitarios, y por los Estados muchas normas que no vinculan directamente a los Estados, que tienen valor recomendatorio. Así, a modo de ejemplo, entre los actores humanitarios se aplican o se han aplicado las *Directrices 2007 sobre facilitación de operaciones de socorro en desastre (30 conferencia de la Cruz Roja, de 26-XI-2007)*; el *Marco de Hyogo aprobado por la Conferencia mundial de desastres; las directrices de asistencia del Institut Max Plank, de 1991*; los *Criterios de Mohong (1995)* o las *Directrices de Oslo (2006)*.

¹³ Sobre el Asunto Rana Plaza véase: E. DIAZ GALAN, "Un caso de responsabilidad de empresas textiles por violación de derechos humanos: el trágico asunto del "Rana Plaza", C. FERNÁNDEZ LIESA, E. LÓPEZ-JACOISTE, E., (coords.), *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 485-507.

con escaso éxito¹⁴; o si se comercia con piedras preciosas procedentes de países con conflictos armados y en los que se han vulnerado los derechos humanos¹⁵. También en este caso nos encontramos con multitud de instrumentos de *soft law*¹⁶, entre los que destacan los *Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar* (2011), sobre los que ya existe una abundante reflexión doctrinal, que pone de relieve su alcance y límites, y a la que nos remitimos¹⁷. Ese mismo año el Secretario General de Naciones Unidas indicaba a los líderes empresariales, en el Foro Mundial: “necesitamos que uste-

¹⁴ Vid. sobre este asunto el estudio de M.I. LIROLA DELGADO, “Principios Rectores y violencia sexual: El caso Margarita Caal Caal c. Hudbay Minerals Inc”, C. FERNÁNDEZ LIESA, E. LÓPEZ-JACOISTE, E., (coords.), *Empresas y derechos humanos*, cit., pp. 291-305.

¹⁵ Vid. otros ejemplos de la práctica internacional sobre distintos temas, tales como el Derecho de inversiones (A. Pastor Palomar), las empresas mineras (I. Lirola; F. Quispe; Cardona Valles; H Garrido; Rojas Buendía), las petroleras (A. Cano Linares, D. Battistessa, S. Morán, E. Ramos, A. Espinosa), textiles (E. Díaz Galán), las hidroeléctricas (E. De Luis), entre otros (C. Barranco, A. Manero). C. FERNÁNDEZ LIESA, E. LÓPEZ-JACOISTE, E., (coords.), *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters, 2018.

¹⁶ Así, por ejemplo, como normas de *soft law*, es decir, no directamente vinculantes, en este ámbito: las *normas de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos (de 26 de agosto de 2003)*, el *decálogo voluntario para las empresas del Pacto Global (Global compact, de 1999)*; las *directrices de la OCDE para Empresas multinacionales (2000)*, la *Declaración tripartita de principios sobre Empresas multinacionales y la política social de la Organización internacional del Trabajo*; los *estándares de desempeño de sostenibilidad social y ambiental, de la Corporación financiera internacional (2006)*; la *guía de responsabilidad social, ISO 26000 de la Organización internacional de estandarización (ISO)*, del 2010.

¹⁷ Vid sobre esto, en especial, las aportaciones siguientes: S. DEVA, D. BILCHITZ (dir.), *Human rights obligations of business. Beyond the corporate responsibility to respect?*, Cambridge, 2015; N. JAGERS, “UN Guiding principles on business and human rights: making headway towards real corporate accountability?”, *NQHR*, vol. 29, núm. 2, 2011, pp. 162 ss; J.E. ESTEVE, “Los principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar: ¿Hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?”, *Anuario español de Derecho internacional*, vol. 27, 2011, pp. 317 ss; N. GOTZMANN, “Human rights impact assessment of business activities: key criteria for establishing a meaningful practice”, *Business and human rights journal*, vol. 2, 2017, pp. 87 ss; M. MARTIN ORTEGA, *Empresas multinacionales y derechos humanos en Derecho internacional*, Bosch, Barcelona, 2008; M. CHIARA MARULLO, F. ZAMORA CABOT, *Empresas y derechos humanos*, Temas actuales, Ed. Scientifica, Napoli, 2018; A. PIGRAU, “Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del Consejo de derechos humanos de las Naciones Unidas”, *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, cit., pp. 27-68; J. WETZEL, *Human rights in transnational business: translating human rights obligations into compliance procedures*, Springer, 2016.

des tomen la iniciativa y lideren con hechos”¹⁸. Se ha tomado conciencia de que los derechos humanos no son solo cosa del Estado, sino también de la sociedad civil, en particular de las empresas, lo que está llevando a cambios todavía incipientes en el orden internacional¹⁹.

Del mismo modo, la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas *Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el desarrollo sostenible* constituye un nuevo enfoque del DIDH que requiere de la participación de los ANE. La agenda 2030 no se basa tanto en el binomio derecho humano/obligación del Estado cuanto en avanzar en los derechos a través de la consecución de diecisiete objetivos de desarrollo sostenible y de 169 metas. Los ODS son una hoja de ruta de la Comunidad internacional, que puede permitir el desarrollo progresivo y codificación del DIDH y de otros sectores del DI. El reto de los ODS²⁰ depende de la conjunción de esfuerzos con los ANE. J. Sachs,²¹ uno de los impulsores, ha puesto de relieve que la buena gobernanza del mundo actual no se limita a los gobiernos, sino que incluye necesariamente a las empresas multinacionales, que son a menudo los actores más poderosos.

Estos nuevos retos plantean nuevas cuestiones para en el DIDH frente a las que los planteamientos clásicos se muestran insuficientes. Y ello porque el edificio del Derecho internacional (y nacional) de los derechos humanos se ha hecho con la idea de limitar el poder del Estado frente al individuo, o de garantizar a este un mínimo de prestaciones por parte de aquél. Pero en

¹⁸ Vid. en V. SANCHEZ GARCIA, A. CANO LINARES, E. PERIBANÉZ, *Responsabilidad social corporativa. El papel de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en la promoción de la RSC*, URJC, Ciencias jurídicas y sociales, Madrid, 2016.

¹⁹ Vid. sobre esa toma de conciencia, en España, por ejemplo, las publicaciones colectivas: VVAA, *Empresas y derechos humanos*, Revista *Tiempo de Paz*, núm. 122, 2016 (con trabajos de R. Jaúregui, M. Prandi, C. Angulo, D. Lafuente, J. Hernández Zubizarreta, B. Cruza Martos, D. Lamonedá, J. Almagro, A. Andreu y C. Puigdemolas). O el trabajo de difusión *Derechos humanos y empresas. Avances desde España*, M. Gómez-Galán, H. Sainz Ollero, M. Albarrán, I. Nieblas, Cideal, 2015.

²⁰ Vid. C. FERNANDEZ LIESA, “Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible”, *Anuario español de derecho internacional*, vol. 32, 2016, pp. 49-81; P. DURAN LALAGUNA, C. DIAZ BARRADO, C. FERNANDEZ LIESA (coords) *International society and sustainable developments goals*, Thomson Reuters, 2016; C. FERNANDEZ LIESA, A. MANERO SALVADOR (coords.), *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 214 pp.; asimismo: A. RODRIGO, *El desafío del desarrollo sostenible*, Tribunal, 2015.

²¹ J. SACHS, *La era del desarrollo sostenible*, prólogo de Ban Ki-Moon, Paidós Empresa, 2014, 2016, p., 20.

la actualidad el binomio Estado-persona resulta insuficiente para garantizar una mínima eficacia a los mismos.

Siempre hubo ANE que tenían relevancia para los derechos humanos. Colás²² ha analizado en perspectiva histórica la relevancia de la violencia privada de los piratas, mercenarios, traficantes de esclavos o *bandeirantes* en la violación de los derechos humanos y en la adquisición de territorios. Pero el marco de comprensión clásico ha quedado desfasado con la globalización.

Aymerich y García Cívico²³ indican que los derechos humanos ya no afectan exclusivamente a los poderes públicos, sino también a los privados. Clapham ya puso de relieve muchas cuestiones que se plantean en el ámbito de los derechos humanos como consecuencia de los ANE. Cuestiones como la tradicional distinción público/privado, estatal/no estatal, gubernamental/no gubernamental. Además, otras que derivan de la globalización, la privatización de los servicios públicos, el debilitamiento de los Estados, el poder de vulnerar derechos humanos por los ANE, entre otros fenómenos²⁴.

2.2. La necesidad de una nueva posición de los ANE en el DIDH

Los ANE han realizado tradicionalmente una labor importante en el ámbito de los derechos humanos. En primer lugar, en tanto que motores del desarrollo progresivo del DIDH. Recordemos en el siglo XIX la labor de los movimientos humanitario, abolicionista de la esclavitud, sufragista, pacifista, o del existente en pro de los trabajadores. Todos ellos fueron precursores de los tratados de la Haya de Derecho humanitario, del convenio de 1925 de prohibición de la esclavitud, de la Sociedad de Naciones o de la Organización internacional del Trabajo. En la actualidad el movimiento indígena ha conseguido hacer emerger en las últimas décadas a los pueblos indígenas como actores de la sociedad internacional y desarrollar sus derechos, como refleja la Declaración de la AGONU, de septiembre de 2007.

²² Vid. A. COLAS, B. MABEE (coords), *Mercenaries, pirates, bandits and empires. Private violence in historical context*, Hurst&Company, Londres, 2010.

²³ I. AYMERICH OJEA, J. GARCÍA CIVICO, "La integración de responsabilidades públicas y privadas en la efectividad de los derechos humanos", M. CHIARA MARULLO, F.J. ZAMORA CABOT, (eds.), *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, cit., p. 1

²⁴ Vid. A. CLAPHAM, *Human rights obligations of non-State actors*, Oxford, 2006, 605 pp.; Id., *Human rights in the private sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993; C. FERNANDEZ LIESA, *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 240 ss.

Del mismo modo se ha desarrollado el DIDH por impulso de ANE en el pacto de Naciones Unidas de protección de los derechos de las personas con discapacidad (2006), de protección de la infancia (1989), de la mujer (1978), o de prohibición de las minas antipersonales (1997), entre otros muchos tratados. Otros movimientos, como el impulsado por España de abolición de la pena de muerte pueden contribuir a futuros tratados internacionales. Esto evidencia la labor promotora de los ANE en el DIDH, que no es novedosa²⁵. Tampoco es una novedad el control que realizan los ANE sobre las violaciones por los Estados de sus obligaciones en derechos humanos, fundamentalmente en el marco de su participación en las OI. O la labor que realizan en la asistencia humanitaria y de la cooperación al desarrollo.

Pero algunos elementos permiten considerar que estamos en un *momento de transición del Derecho internacional*, en el que la labor de los ANE permitiría llevar a la consideración de un nuevo papel cualitativo que afectase a los elementos básicos del DIDH. Los factores que preludian este cambio son el proceso de debilitamiento del Estado, que afecta su papel de garante tradicional de los Derechos humanos, y que requiere de la alianza público-privado en muchas cuestiones. También el posible desarrollo normativo a través de los planes de acción y normas nacionales sobre Empresas y derechos humanos, o de la elaboración de un Tratado internacional, en este o en otros sectores, que otorguen a los particulares una posición jurídica en el ordenamiento distinta a la actual y que permitan una transformación del mismo²⁶. También es importante tener en cuenta las novedades que pueden resultar de la aplicación de los ODS; o de la necesidad de luchar contra muchas violaciones de

²⁵ Vid. L. ARROYO ZAPATERO, W. SCHABAS, A. NIETO, *Pena de muerte y derechos humanos. Hacia la abolición universal*, Mooc curso abierto, Universidad de Castilla la Mancha, 2014, Sobre el movimiento indígena: N. V. CAMARERO SUAREZ, "Acaparamientos de tierras y aguas: impacto sobre los pueblos indígenas y sus convicciones religiosas", *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 34, 2018, pp. 23-73; D. OLIVA, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho internacional*, UC3M-BOE, Madrid, 2012; J. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el Derecho internacional*, Ed. Trotta, Madrid, 2005; L. PEREZ-PRAT DURBAN, *Sociedad civil y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, 2004; M. ABAD CASTELOS, *Una alternativa solidaria a la barbarie? Las ONGS en la nueva sociedad global*, CIDEAL, 2004.

²⁶ C. MÁRQUEZ CARRASCO, *La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Aranzadi, 2017; de la misma autora: "La aplicación nacional de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: el modelo español", C. FERNÁNDEZ LIESA, E. LÓPEZ-JACOISTE, *Empresas y derechos humanos*, cit., pp. 87-109.

derechos humanos que resultan de la acción de ANE, como sucede con la trata de seres humanos. O, por poner un último ejemplo, la preocupación actual del uso por los ANE de armas nucleares, radiológicas, biológicas o químicas, lo que ha llevado a que el propio Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a la adopción de la Resolución 1540 (2004) en la que insta a los Estados a adoptar leyes eficaces frente a los ANE²⁷.

En definitiva estamos en un momento en el que cabe plantearse si los ANE siguen siendo meros usuarios del ordenamiento internacional²⁸ o si van a adquirir un nuevo papel que pueda contribuir a la transformación del DIDDHH.

3. LA PROGRESIVA RUPTURA DE LA INTERESTATALIDAD DEL DI Y EL DIFÍCIL ENCAJE DE LOS ANE

Es conveniente reflexionar sobre si la interestatalidad básica del DI constituye un muro infranqueable o si la evolución del ordenamiento permite albergar esperanzas sobre una transformación que permita un mejor encaje de los ANE.

3.1. La ruptura de la interestatalidad y la humanización

El DI moderno se crea como un orden puramente interestatal, como refleja el Tratado de Westfalia (1648). Paradójicamente se sientan las bases del tránsito a la modernidad, que llevaría, como analizó Peces-Barba²⁹, a un nuevo orden en el que se empieza a reconocer la dignidad humana y que se orienta a una perspectiva antropocéntrica en la que, con los siglos, se van

²⁷ Por ello, la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de la ONU impulso a los Estados la "obligación de abstenerse de suministrar cualquier tipo de apoyo a los agentes no estatales que traten de desarrollar, adquirir, fabricar, poseer, transportar o emplear armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores". También instó a los Estados a "adoptar y aplicar leyes apropiadas y eficaces que prohíban a todos los agentes no estatales la fabricación, la adquisición, la posesión, el desarrollo, el transporte, la transferencia o el empleo de armas NQB (...)". V. GARRIDO, F. BORREDA "Introducción" en VVAA, *Actores no estatales y proliferación de armas de destrucción masiva. La Resolución 1540: una aportación española*, Ministerio de Defensa, Instituto español de estudios estratégicos, 2016, p. 17.

²⁸ ROUCOUNAS, F., "The users of international law", *Essays in international law in honour of M. Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 217-234.

²⁹ G. PECES-BARBA, *Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998.

formando los derechos humanos tanto dentro de los Estados, primero, como en la Comunidad internacional, después.

Esa interestatalidad inicial deriva de que los Estados se convierten en *suma potestas* (*par in parem imperium non habet*) y no admitían por encima al Papa, con lo que se crea un sistema laico de Estados cristianos y absolutistas, consecuencia de la ruptura de la unidad de religión³⁰. En esta nueva época se plantean cuestiones de derechos humanos, como las relativas a los títulos de la conquista y al dominio sobre los pueblos no cristianos³¹. La conquista de América produjo, como dijo J. Elliot³², el descubrimiento del hombre, un choque de civilizaciones, en terminología actual, que planteaba cuestiones importantes para el DI y para los derechos humanos. De un lado, se denunciaron los abusos de los conquistadores sobre los pueblos indígenas, principalmente por Bartolomé de las Casas, dando lugar a la aprobación de leyes de indias (1513 y 1542) y al debate sobre la legitimidad de la conquista, como evidenció la controversia de Valladolid³³. De otro lado, el planteamiento de los títulos está en los orígenes del DI.

Pero en ese nuevo orden interestatal no cabían los derechos humanos, al menos inicialmente. Se sentaban las nuevas bases del sistema jurídico internacional. El germen de los derechos humanos será un proceso lento y progresivo, de conformidad con su caracterización de producto histórico. El proceso de internacionalización se produce en los siglos XIX y XX. Se ve precedido de un aliento intelectual mediante nuevas concepciones que buscaron una erosión de la interestatalidad.

Así, se rescata el término *ius gentium* con la idea de superar la interestatalidad, desde perspectivas humanistas³⁴ (*law of nations*, derecho de gentes, *droit de gens*, *diritto delle genti*, *direito das gentes*, *dret de gents*, *drept gintilor*). La denominación *ius gentium* transmitía una concepción no interestatal del ordenamiento, del mismo modo que las nociones de *civitas máxima*, de *humanidad* o de *género hu-*

³⁰ A. TRUYOL SERRA, *La sociedad internacional*, Alianza ensayo, 2008.

³¹ Vid. recientemente J.M. BENEYTO, J. CORTI VARELA, (eds.), *At the origins of modernity. Francisco de Vitoria and the discovery of International law* (Studies in the history of law and Justice, vol 10), Springer, 2018.

³² J. ELLIOT, *España, Europa y el mundo de ultramar (1599-1800)*, Ed. Taurus, 2010, 410 pp; del mismo autor *España y su mundo (1500.1700)*, Taurus, 2007.

³³ Vid. Sobre esto J. DUMONT, *El amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valladolid*, Ed. Encuentro, Madrid, 1995.

³⁴ J. JUSTE RUIZ, *¿Derecho internacional público?*, Nomos, Valencia, 1986, p. 138. Vid. asimismo A. HERRERO RUBIO, *Historia del derecho de gentes*, 3 ed. Publicaciones del seminario de estudios internacionales, Valladolid, 1967.

mano³⁵. Muy posteriormente aparecieron concepciones solidaristas, objetivistas y constitucionales del DI³⁶. Algunas posiciones llegan al cénit estimando que en el DI solo debería considerar sujetos a los individuos, que actúan por intermedio de sus gobernantes (Duguit), o por una competencia otorgada (Reglade) o que solo cabría existir derecho en la relaciones individuales (Campagnolo) o para las personas (Weckel)³⁷. Estas posiciones formaban parte de lo que René Jean Dupuy denominó *la humanidad en el imaginario de las naciones*³⁸.

Pero, en puridad, la *interestatalidad se resquebraja cuando aparecen las Organizaciones internacionales*³⁹, desde el siglo XIX, y se desarrolla el proceso de humanización, desde el siglo XX. La reorientación humanista del orden internacional dará lugar también al uso de nuevas denominaciones (*derecho mundial, derecho transnacional, derecho común de la humanidad*⁴⁰). A pesar de que la interestatalidad básica del ordenamiento sigue siendo una premisa de su comprensión y análisis, el DI⁴¹ se ha transformado en sus pilares básicos. Se puede afirmar que ha vivido una *revolución jurídica silenciosa* por comparación con el Derecho internacional clásico.

³⁵ Vid., entre otros: G. TENEKIDES, *L'individu dans l'ordre juridique international*, Pedone, París, 1933; asimismo M. KOSKENNIEMI, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho internacional 1870-1960*, Buenos Aires, 2005.

³⁶ En esta línea véase P. GRAMAIN, *Les droits internationaux de l'homme*, Les éditions internationales, París, 1933; POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, París, 1927; S. SEGAL, *L'individu en droit international positif*, Rec. Sirey, 1932; SCELLE, *Précis du droit des gens*, 1932; S. LAGHMANI, "Droit international et droits internes: vers un renouveau du Ius Gentium", *Droit international et droits internes*, Pedone, París, 1998, pp. 24-44.

³⁷ DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3 edit, 1927; CAMPAGNOLO, *Dirito internazionale e Stato sovrano. Con un inédito de Hans Kelsen e un saggio di Norberto Bobbio*, Ed. Giuffrè, 1999; P. WECKEL, "Les droits fondamentaux et le droit public international", *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de J. Schwob*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

³⁸ R.J. DUPUY, *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Collège de France, Julliard, 1991, 284 pp; del mismo autor, *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, París, 1986. J.A. CARRILLO SALCEDO, "Contribution de la notion d'humanité au renforcement de la dimension idéologique du Droit international", *Les droits de l'homme au XXI siècle. Karel Vasak Amicorum liber*, VVAA, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 115-126.

³⁹ Vid. E. DIAZ GALAN, *La conformación jurídica de las Organizaciones internacionales. De las Conferencias internacionales a las uniones administrativas*, Aranzadi, 2018.

⁴⁰ Así, C. JENKS, *El derecho común de la Humanidad*, Madrid, 1968; K. TANAKA, "Du droit international au droit mondial", *Etudes juridiques offertes à Morandière*, París, 1964; P. JESSUP, *Derecho transnacional*, México, 1967.

⁴¹ P.M. DUPUY, "L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du Droit international)", *Archives de philosophie du Droit*, t. 32, *Le droit international*, Sirey, 1987, pp. 119-133.

En primer lugar, porque se ha transformado el tejido normativo con la aparición de las obligaciones *erga omnes* y de las normas de *ius cogens*. Las primeras implican, como dijera el TIJ en el *Asunto de la Barcelona Traction*⁴² que “hay principios y reglas relativos a los derechos de la persona humana (...) y que todos los Estados tienen un interés jurídico en que los derechos (fundamentales) sean protegidos”. Las segundas (art. 53 CV 1969) implican que existe un núcleo duro de derechos humanos inderogables y absolutos, lo que es aceptado por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Todo ello supuso el tránsito de un orden particularista, relativo y basado en la reciprocidad a otro general, con elementos imperativos y que supera la reciprocidad como consecuencia de la existencia de intereses colectivos basados en el valor de la dignidad humana.

Por ello los procesos de universalización, especificación y regionalización de los derechos humanos supusieron el pilar fundamental en el tránsito del Derecho internacional clásico a un nuevo orden internacional contemporáneo. Esto supuso, en palabras del profesor Carrillo Salcedo una “importante transformación del orden internacional en la medida en que, junto al clásico principio de la soberanía de los Estados, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de la dignidad intrínseca de todo ser humano”⁴³. Este tránsito costó varias décadas. Gran parte de la *Declaración universal de derechos humanos* era en 1948 *soft law* mientras que hoy constituye un instrumento internacional que refleja el derecho internacional vigente. Por ello se puede ser optimista sobre el hecho de que instrumentos de *soft law* en la actualidad constituyan el derecho del futuro. Es decir, que muchos instrumentos de *soft law* del pasado son el derecho vigente actual, por lo que es predecible ese tránsito en otros sectores que, en el momento actual, son recomendatorios.

3.2. El difícil encaje de los ANE en el DI

A pesar de estas transformaciones, el Derecho internacional no ha acogido bien a los ANE. Cabe plantearse si con los actuales desarrollos sobre las Empresas y derechos, o los Objetivos de desarrollo sostenible, entre otros,

⁴² *Asunto de la Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, Sentencia de 5 de febrero de 1970, TIJ, Rec. 1970, p. 33.

⁴³ J.A. CARRILLO SALCEDO, *La Declaración universal de derechos humanos, cincuenta años después*, Mínima Trotta, 1999, p. 16.

preludian nuevos cambios en el ordenamiento. Si el nuevo papel que se pide a los ANE ha supuesto o va a suponer otra transformación cualitativa de los rasgos del Derecho internacional. A nuestro juicio no se ha producido hasta el momento esa transición, pero hay que pensar que es muy posible que se produzca o que, en todo caso, se produzcan importantes transformaciones del ordenamiento.

Hasta el momento los ANE tienen un encaje clásico en la Comunidad internacional. De un lado, participan en la actividad de las Organizaciones internacionales y de los Estados. Por lo que se refiere a lo primero, la *convención de Estrasburgo de 1986 sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica* es importante para entender la naturaleza jurídica de derecho interno de estas entidades, así como los elementos principales que permiten su caracterización.

Las Organizaciones internacionales progresivamente han abierto *espacios de participación a los ANE*. Así, el art. 11 del Tratado de Lisboa (de la Unión Europea) indica que las instituciones de la Unión mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil. Pero esto no es algo innovador sobre su posición en el sistema internacional. Ya desde el origen de las Naciones Unidas, la Carta preveía su participación. En algunas Organizaciones en América se ha impulsado mucho esa participación, lo que sin embargo no constituye un fenómeno intrínsecamente innovador⁴⁴.

Pero muchos de los desarrollos actuales del DIDH plantean deficiencias y cuestiones sobre la posición jurídica de los ANE en el DI que requieren transformaciones cualitativas. De un lado, es el caso de los *ciberconflictos*, donde los elementos básicos del Derecho internacional (soberanía, sujetos, Tratados...) resultan insuficientes para su comprensión. Un ciberataque puede producirse por ANE y no solo por Estados. Esto plantea cuestiones difíciles de resolver como las relativas a si un ciberataque es equiparable a un ataque armado, y en ese caso si cabe frente al mismo el ejercicio de la legítima defensa, individual o colectiva Aunque así se considerase sería difícil determinar quien es el agresor. Y en todo caso surgen muchas dudas y planteamientos en cuanto a la aplicación del Derecho internacional humanitario,

⁴⁴ Vid C. DIAZ BARRADO, *La integración social en América Latina y el Caribe. Políticas sociales y participación social*, Consejo Económico y social, 2004, pp. 169 ss; B. BARREIRO CARRIL, B. OLMOS GIUPPONI, *La participación de la sociedad civil en los procesos de integración en Iberoamérica: estudios de caso*, Colección CEIB de estudios iberoamericanos, 3, Dykinson, 2011.

como la relativa a la protección como civiles o la naturaleza de objetivos militares de la persona que realiza dicho ciberataque⁴⁵.

De otro lado, veamos la posición de los *defensores de derechos humanos* que en muchos países son objeto de persecución. Frente a ello, el DI tiene un marco de protección de *soft law*, muy insuficiente. El art. 12, 2 de la *Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas (1998) sobre los Defensores de derechos humanos* establece que es “obligación del Estado la garantía de su protección”⁴⁶; hay mecanismos no judiciales de protección (en el Consejo de Europa, la UE y las OSCE). En la Unión Europea se aprobaron unas directrices sobre defensores de derechos humanos⁴⁷.

Ello no obstante, es evidente la ineficacia de este tipo de Declaraciones. *La cuestión que cabe plantearse es si la evolución del DI permite albergar esperanzas sobre nuevas transformaciones cualitativas que permitan adecuarse a las nuevas necesidades del mismo.*

4. LA CONCEPCIÓN FINALISTA DEL DIDH Y LA EVOLUCIÓN DEL DI

La concepción kelseniana del DI es adecuada, pero no da cuenta de qué hace ni para qué sirve el Derecho internacional⁴⁸. Definir el DI sobre la base del origen de las normas es adecuado pues el DI es un orden jurídico origi-

⁴⁵ Vid., E. C. AMICH, “Los marcos legales aplicables a las amenazas y riesgos cibernéticos”, S. DE TOMÁS (dir.), *Retos del derecho ante las nuevas amenazas*, Colección seguridad y defensa, 2015, pp., 93-111, pp. 102-103; vid. también Tallin *Manual on the international law applicable to cyber warfare*, Cambridge University Press, 2013.

⁴⁶ Además, la declaración de Naciones Unidas indica que toda persona tiene derecho a presentar críticas y propuestas para mejorar el mejoramiento de los órganos del Estado (art. 8,2) y a denunciar las políticas y acciones del Estado que constituyan una violación de los derechos humanos. Ahora bien, a pesar de que también se pide a los Estados que respeten la libertad de expresión y de asociación de los mismos lo cierto es que el marco jurídico internacional y europeo no es obligatorio y que tampoco ha contribuido a protegerlos adecuadamente.

⁴⁷ De junio de 2004, revisadas en 2008 (Consejo de la UE, 16332/2/08). H. FAUNDEZ LEDESMA, “EL marco jurídico internacional”, *Revista Tiempo de Paz*, número monográfico sobre *Defensores y defensoras de derechos humanos*, núm. 126, 2017, pp. 7 ss.

⁴⁸ Vid. H. KELSEN, *Principios de Derecho internacional público*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965. Sobre las cuestiones relativas a la noción de Derecho internacional véase, E. SUY, “Sur la définition du Droit de gens”, *RGDIP*, vol. LXIV, 1960, p. 763; C. DOMINICE, “Observations sur la définition du droit des gens”, *L'ordre juridique entre tradition et renovation*, IUHEL, París, 1997.

nario cuya validez se encuentra en su efectividad y existencia⁴⁹. Ahora bien, esta aproximación no da cuenta adecuadamente del DI como tampoco lo hacen las concepciones materiales o las basadas en los destinatarios. Para superar estas perspectivas reduccionistas se abrieron paso las concepciones tridimensionales de análisis⁵⁰. La competencialista kelseniana⁵¹ servía para un Derecho internacional de mínimos o de coexistencia, donde no se ha desarrollado el DIDH ni valores como la paz, la dignidad o la solidaridad.

El desarrollo del DIDH abrió el paso a concepciones finalistas del DI. Se produce el tránsito de un orden atribucionista o competencialista a un orden de finalidades⁵². Si en una sociedad democrática se pueden vincular los procesos de creación y aplicación normativa con los fines del ordenamiento y con sus valores, en la Comunidad Internacional el problema de los fines y funciones del Derecho no constituye una cuestión procesal en ausencia de un sistema democrático. Las finalidades a las que se orienta un sistema normativo no permiten fundamentarlo, pero en todo caso si permitirían valorarlo. Es una manera de concebir el ordenamiento más internacionalista que normativista⁵³, y que tiene en cuenta esa función transformadora del ordenamiento. Supuso una reorientación finalista y/o teleológica del Derecho internacional.

En los ODS o en los principios rectores, entre otros sectores, se puede considerar que la concepción finalista encuentra un nuevo marco de expansión. El tránsito de los objetivos y principios no vinculantes a realidades y normas o princi-

⁴⁹ C. DOMINICĚ, "Observations sur la définition du Droit des gens", *L'ordre juridique entre tradition et renovation*, IUHEI, París, 1997, p. 25.

⁵⁰ En este sentido destacan las concepciones tridimensionales, sobre las que destaca el análisis de M. REALE, *La teoría tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁵¹ H. KELSEN, *Principios de Derecho internacional público*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pp. 178 ss. S. JOVANOVIĆ, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en Droit international*, préface de P. Weil, Pedone, París, 1998, pp. 59 ss.

⁵² J.A. CARRILLO SALCEDO, "Permanencia y cambios en Derecho internacional", *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, vol. III, 1999, Aranzadi editorial, 2000, pp. 225-256, p. 252; A. RODRIGUEZ CARRION, "El nuevo derecho internacional: la cuestión de la autodeterminación y la injerencia", *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, 16, VVAA, CAPELLA HERNÁNDEZ (coord.), Estudios de Derecho judicial, Madrid, 1999, pp. 161-181

⁵³ Vid. H. THIERRY, "Internationalisme et normativisme en Droit international", *Guy de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Ed. Masson, París, pp. 371 ss. B. BOLLECKER-STERN, "Le droit international au développement: un droit de finalité", *La formation des normes en Droit international du développement*, Flory, M., Heny, MN., CNRS, 1984; C. GUTIERREZ ESPADA, "Sobre las funciones, fines y naturaleza del Derecho internacional contemporáneo", *Homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, 1992, pp. 68 ss.

pios exigibles requiere de cierto tiempo y, antes que nada, de una labor de *socialización*⁵⁴, base del posterior desarrollo jurídico. En este sentido podemos comparar el camino recorrido desde la Declaración universal de derechos humanos, de 1948, con el que debe andar la comunidad internacional en sectores como el de empresas y derechos humanos, o en los ODS, en las próximas décadas.

Hay novedades en la orientación finalista del DI. En primer lugar, se están complementando las técnicas tradicionales del derecho con nuevos métodos para la realización de los derechos humanos. En este sentido destaca el *uso de indicadores como elemento de medición por los Estados de sus obligaciones*. Los hay de diferentes tipos, de naturaleza cuantitativa y cualitativa, objetivos y subjetivos, de desempeño y de cumplimiento, universales y contextuales, de garantía y de realización progresiva⁵⁵.

Mediante estos nuevos métodos se analiza mejor tanto la labor de los sujetos como de los ANE. Es un instrumento necesario para evaluar la aplicación y formular políticas que contribuyan a la efectividad de los derechos. Este nuevo enfoque forma parte, indicaba Navi Pillay, Alta comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos, de la necesidad de revisar los marcos analíticos, metodológicos y jurídicos existentes en derechos humanos⁵⁶.

Esa revisión de los marcos puede permitir nuevas transformaciones en la naturaleza del DI. Probablemente el Estado seguirá siendo el sujeto principal del DI, pero para que éste siga siendo un instrumento útil para la comunidad internacional es necesario abordar algunos cambios. Hay novedades que ponen de relieve las insuficiencias del DI, como sucede en la *orientación pro-victimias* de las violaciones de derechos humanos, que parece un mero *desideratum*⁵⁷. También se requieren transformaciones importantes para llevar a

⁵⁴ Sobre la función de socialización de un orden jurídico, véase V. FERRARI, *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del Derecho*, Madrid, 2000, p. 266.

⁵⁵ Vid. *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, Naciones Unidas, 2012.

⁵⁶ Cfr. N. PILLAY, "Prefacio", *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, Naciones Unidas, 2012, p. 3.

⁵⁷ N. OSUNA PATIÑO, M. PAEZ RAMIREZ, "Fundamento convencional y alcance de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos", en G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ, R. DE ASIS, J. ANSUÁTEGUI, C. FERNÁNDEZ LIESA (eds.) *Historia de los derechos fundamentales*, tomo IV, siglo XX, *El derecho internacional de los derechos humanos*, Libro III, *Nuevos desarrollos del Derecho internacional de los derechos humanos. Especial referencia a España*, pp. 1807-1853. En el mismo libro colectivo véase la ponencia de F. VACAS

cabo la Agenda 2030 con la participación activa de los ANE, desde los partidos políticos a la ciudadanía, las ciudades, los sindicatos y los trabajadores, las filosofías y las religiones, las ONGs o las empresas. ¿Cómo articular la participación de los ANE en una sociedad internacional global?

Hay un espacio público global y unas políticas públicas globales para las que no se ha adaptado el DI, que sigue anclado en parámetros clásicos que hacen *difícil una aproximación cosmopolita que permita encontrar las soluciones para las nuevas necesidades del DI*. No se ha producido *todavía el tránsito de Westfalia a Wordfalia*⁵⁸. En ésta, los ANE ya tendrían una posición más clara. Estamos en un momento de tránsito en el que la Comunidad internacional debe impulsar la incorporación de nuevos sujetos o, al menos, la participación mayor de los ANE en el sistema internacional, fundamentalmente en el marco del DIDH.

5. LOS ANE Y LA TEORÍA DE LOS SUJETOS

La interestatalidad del DI se ha visto reducida por algunos cambios en la teoría de los sujetos de Derecho internacional, en aspectos tales como la protección diplomática o, más en general, en la propia concepción de la subjetividad internacional en este orden jurídico.

5.1. La evolución de la protección diplomática y el DIDH

La Corte internacional de Justicia ha señalado en el *Asunto LaGrand*, entre otros, que el art. 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares “crea derechos individuales que, según el art. 1 del protocolo opcional, pueden ser invocados en esta Corte por el Estado nacional de la persona detenida”⁵⁹. Ello no obstante, la protección diplomática es un procedimiento

FERNANDEZ, “El reconocimiento y protección de las víctimas del terrorismo en Derecho internacional y europeo”, pp. 1853-1889.

⁵⁸ C. GARCÍA SEGURA “Westfalia, worldfalia, eastfalia. El impacto de las transformaciones de la estructura del poder estatal en el orden internacional”, *REDI*, vol. 6/2, pp. 45-70, p. 69; A. RODRIGO, “Entre Westfalia y wordfalia: la Comunidad internacional como comunidad social, política y jurídica”, C. GARCÍA SEGURA (dir.), *La tensión cosmopolita*, Tecnos, 2016, pp. 23-64; A. RODRIGO, M. ABEGON, “El concepto y efectos de los tratados de protección de intereses generales de la Comunidad internacional”, *REDI*, vol. 69 núm.1, 2017, pp. 167 ss, en especial 180-183.

⁵⁹ *LaGrand (Germany v United States of America)*, merits, TIJ. Rec, sentencia de 27 de junio de 2001. Vid. M. PINTO, “De la protection diplomatique à la protection des droits de

para la puesta en práctica de la responsabilidad internacional en relación con la violación de determinadas normas primarias, pero no como un procedimiento que sirva en relación con la violación de los derechos humanos.

La evolución doctrinal y jurisprudencial tiende a vincular dos sectores tradicionalmente separados, como el de la protección diplomática y el de los derechos humanos. Este cambio no es revolucionario pero es muy significativo de cómo las transformaciones del DIDH afectan a Instituciones clásicas del ordenamiento. No permite acabar con la interestatalidad, pero ha cambiado su orientación como consecuencia de los derechos humanos. Se ha abierto la vía para dejar atrás la ficción tradicional de considerar la protección como un derecho del Estado, desde el *Asunto concesiones Mavrommatis en Palestina*⁶⁰. Ahora bien, en el ámbito de los derechos humanos, como ha indicado el TIJ en el *Asunto avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos)* “toda violación de los derechos que tiene el individuo en virtud del art. 3 puede implicar una violación de los derechos del Estado que envía y toda violación de los derechos de este último puede llevar a una violación de los derechos del individuo”. Se reconoce una estrecha relación entre el Estado y el individuo, entre dos sectores tradicionalmente separados.

5.2. La evolución de la teoría de los sujetos de Derecho internacional

Sería positivo para el DIDH una mayor diversificación de los sujetos de Derecho internacional, que incluyese algunos ANE. La noción de sujeto de derecho depende de cómo se conciban los criterios de subjetividad. El TIJ indicó en 1949 que en el “DI los sujetos de derecho no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos. Su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad”⁶¹. Pero el tránsito de ANE a sujeto de derecho no es sencillo, pues puede ser fraudulento, como ocurre con las denominadas *micronaciones, cibernaciones, naciones virtuales, países imaginarios o proyectos de país*⁶².

l’homme”, *RGDIP*, t. 10 2002/3; pp. 513-549; S. FORLATI, “Protection diplomatique, droits de l’homme et réclamations directes devant la Cour internationale de Justice. Quelques réflexions en marge de l’arrêt Congo/Ougande”, *Revue générale de Droit international public*, 2007.

⁶⁰ Sentencia de 30 de agosto de 1924, serie. A, n° 2, p. 12. En el mismo sentido el Tribunal Supremo español (por ejemplo, sentencia de 6 de febrero de 1987, sala tercera).

⁶¹ *Asunto de la Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, dictamen de 11 de abril de 1949, TIJ, Rec. 1949, pp. 178.

⁶² N. OCHOA RUIZ, “Las micronaciones y el Derecho internacional”, *El Estado en la encrucijada: retos y desafíos en la sociedad internacional del siglo XXI*, Cuadernos del Instituto

Tradicionalmente ha habido criterios restrictivos sobre la subjetividad internacional. Solo podían ser sujetos de Derecho internacional las entidades que tuviesen la capacidad de concluir tratados, de establecer relaciones diplomáticas y de participar en los mecanismos generales de responsabilidad internacional⁶³.

Dominicé reconoce al individuo la cualidad de sujeto de derecho o de persona jurídica en virtud de una atribución que viene de fuera, lo que le permite hacerle destinatario de reglas creadas en la esfera del orden internacional. Señala este autor que esto es lo que explica que el individuo sea titular, o pueda serlo, de derechos y obligaciones instituidos por reglas de Derecho internacional sin que sea necesario ver en él a un sujeto de Derecho internacional. Vyshinsky indicó, como representante de la URSS, el día de la aprobación de la *Declaración universal de derechos humanos* por la Asamblea General de Naciones Unidas, (10-X-1948) que “los derechos humanos no pueden concebirse fuera del Estado. De otro modo son una mera abstracción, una ilusión vacía”⁶⁴.

Estas posiciones ya no son mayoritarias, por lo que es razonable que las posiciones actuales sean menos restrictivas. Hace un siglo se debatió en la sociedad de Naciones la cuestión de si las *minorías* tenían subjetividad internacional. El mayor defensor de la necesidad de reconocer su subjetividad internacional fue el representante de Hungría. Para el delegado brasileño, Mello Franco “extender la personalidad a otras entidades no estatales, produciría en todo caso la dislocación de los Estados y una desorganización de la vida internacional”⁶⁵.

Esta consideración venía por el temor a que la noción de minoría se convirtiese en pueblo con pretensión de autodeterminación y que ese modo amenazase a la integridad territorial del Estado. Pero esto suponía *confundir soberanía y personalidad*, lo que ha sido uno de los motivos de estas posiciones

Carlomagno de estudios europeos (Universitat Internacional de Catalunya), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 95-131.

⁶³ En este sentido C. DOMINICE, “La personnalité juridique dans le système du Droit des gens”, *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, VVAA, Kluwer, 1996, pp. 147 ss, en especial 161 ss; del mismo autor “L’emergence de l’individu en Droit international public”, *L’ordre juridique international entre tradition et renovation*, IUHEI, Puf, París, 1997, pp. 109-124.

⁶⁴ Cfr. H. KELSEN, *The communist theory of law*, London, 1955, p. 179.

⁶⁵ C. FERNANDEZ LIESA, *El Derecho internacional de las minorías en perspectiva histórica*, Thomson Reuters, 2013 (y la doctrina allí citada).

restrictivas. Algunos autores intentan buscar la solución no tanto en la teoría de los sujetos cuanto en la teoría de la responsabilidad internacional del individuo⁶⁶.

En todo caso, ha cambiado la posición de los ANE en el DI. En primer lugar, *ha cambiado la posición del individuo, que puede ser considerado un sujeto de Derecho internacional con capacidad limitada*. Algunos no lo consideran un sujeto de derecho pero aceptan esta transformación⁶⁷. No deja de ser una opción el apostar por una cosa u otra. En ese sentido, consideramos que se puede afirmar que *los seres humanos tienen una personalidad internacional limitada, objetiva y funcional*, por varias razones.

En primer lugar, porque muchas normas internacionales le reconocen derechos directamente en el Derecho internacional general, sin el intermedio del Estado, es decir, sin necesidad de que el derecho interno del Estado así lo establezca. El individuo es titular de un patrimonio de derechos frente a cualquier Estado con independencia del consentimiento y de criterios de reciprocidad, en relación con el denominado estándar mínimo internacional. En segundo lugar, porque hay reglas que le imponen obligaciones directamente en materia de piratería, tráfico de estupefacientes, represión del terrorismo, crímenes contra la humanidad y que le atribuyen responsabilidad internacional por su violación, también sin intermedio del Estado.

El desarrollo de mecanismos de exigencia de responsabilidad penal internacional y de Tribunales penales internacionales supone que las personas tienen una responsabilidad penal directa que nace del Derecho internacional, lo mismo que la evolución del principio de jurisdicción universal. Además el individuo puede demandar a un Estado por violación de sus derechos, tiene *ius standi* en algunos tribunales internacionales, lo que es algo distinto a la responsabilidad penal internacional (legitimación pasiva). Esto se ha visto ampliado con el proceso de proliferación de tribunales. Para el juez Cançado Trindade “el derecho a demandar individualmente es sin duda la estrella más luminosa del universo de los derechos humanos”⁶⁸.

⁶⁶ V. ABELLAN HONRUBIA, “La responsabilité internationale de l’individu”, *RCADI*, 1999, pp. 138 ss.

⁶⁷ Esta parece ser la posición de J.A. CARRILLO SALCEDO, “Persona humana, soberanía de los Estados y orden internacional” en *VVAA El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al prof. J.M. Castro-Rial*, Editorial Trotta, 2002.

⁶⁸ *Asunto Castillo Petruzzi y otros contra Perú (Excepciones preliminares, sentencia de 4 de septiembre de 1998)*. Serie C, n° 41, p. 62, párr 35. Vid. CANÇADO TRINDADE, A., “L’émancipation de l’individu par rapport à son propre Etat: le rétablissement de la personne

Desde esta concepción de la personalidad internacional se puede reconocer que las *empresas transnacionales* tienen una personalidad jurídica internacional limitada al cumplimiento de sus obligaciones y relativa pues no sería oponible erga omnes⁶⁹. Reconocer a una empresa multinacional la subjetividad internacional a los efectos de su sujeción al Derecho y, en particular, al DIDH es una técnica que puede permitir arreglar problemas sin generar otros nuevos. El D.I. debe ser un instrumento útil para controlar los efectos negativos de la globalización.

En los casos citados (*persona humana, empresa transnacional*), la *adquisición de la personalidad internacional* deriva del reconocimiento por parte de la Comunidad de Estados, al menos implícito, bien sea por la realización de contratos de Estado (por las empresas), bien sea por el reconocimiento de derechos humanos o de responsabilidades (y de vías de exigibilidad, en el caso de las personas).

En la globalización económica se ha puesto de relieve la necesidad de controlar a las empresas multinacionales, que son ANE que debieran tener un lugar más adecuado en el D.I., a los efectos de su control. En los setenta del siglo XX se discutía si se les debía otorgar personalidad, pues la doctrina consideraba que tal posibilidad abriría las relaciones internacionales a grupos cuyo objetivo determinante es la rentabilidad⁷⁰. En el siglo XXI afrontar la globalización mediante desarrollos de esta naturaleza es lo más adecuado.

Se puede considerar que las empresas tienen ya una personalidad internacional mínima que se manifiesta en el CIADI (Centro de arreglo de diferencias de inversión del Banco Mundial), en el marco de la solución de controversias entre los Estados y las empresas. Hay que intentar que el D.I. supere la sectorialización, de tal manera que haya un *ethos* compartido en sectores diferentes como el derecho del comercio internacional, de las in-

humaine comme sujet de Droit des nations”, *Le Droit international pour la personne humaine*, L. Bourgoigne-Larsen, Ed. Pedone, París, 2012. J.A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, segunda edición, Tecnos, Madrid, segunda edición, 2001, pp. 36-37; P. SCHMITT, *Access to justice and international organizations: the case of individual victims of human rights violations*, Edgar publishing, 2017.

⁶⁹ R. BERMEJO GARCIA, “Las empresas transnacionales como actores y sujetos potenciales en la sociedad internacional”, C. BARRANCO, O. CELADOR, F. VACAS (coords), *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*, Colección Gregorio Peces-Barba núm. 2, Dykinson, 2012, pp. 93 ss, pp. 102-103.

⁷⁰ M. J. CHARPENTIER, “Tendances de l’élaboration du droit international public coutumier”, *L’élaboration du droit international public*, SFDI, París, 1975, pp. 105 ss.

versiones (el derecho internacional económico) y el DIDH. Esto permitiría que frente a los malos tiempos para los derechos humanos podamos ver, con Stiglitz, algo de luz al final del tunel⁷¹. Tampoco sería algo tan innovador. En el ámbito humanitario se considera que la *Cruz Roja internacional* tiene personalidad internacional por reconocimiento y por aceptación de la comunidad internacional. Es una organización internacional, según indican sus estatutos de 18-XII-2014, en vigor desde el 1 de abril de 2015. Pero ni fue creada por los Estados ni son miembros los Estados, ni encaja en ninguno de los elementos de las Organizaciones internacionales. Si se acepta que tiene la naturaleza de organización internacional es por una equivalencia o asimilación que solo puede ser resultado del reconocimiento por su función.

6. LOS ANE Y LA TEORÍA DE LAS NORMAS

La evolución de la estructura de la sociedad internacional no puede dejar de afectar a los procedimientos de elaboración y de aplicación de las normas en el ámbito del DI. El principio clásico del consentimiento del Estado se enfrenta a nuevos desafíos como consecuencia de los ANE. En particular nos encontramos con crecientes lagunas, por un lado, y con una mayor participación de los ANE en el proceso nomogenético.

6.1. Las lagunas y la autorregulación

El DIDH ha desarrollado un amplio conjunto de instrumentos internacionales que reconocen derechos. Ahora bien, existen *lagunas o vacíos normativos* en el sentido de necesidad de regulación para poder hacer efectivos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es decir, lagunas en cuanto que aún cuando el derecho ha sido reconocido internacionalmente y está vigente, su realización requeriría necesariamente de desarrollos normativos. Estas necesidades de regulación para hacer efectivos los derechos humanos ya reconocidos puede afectar a la eficacia y, en último término, plantear la validez de algunos derechos.

Estas cuestiones se plantean en muchos sectores del DIDH. Así por ejemplo, en el *Derecho internacional humanitario*, donde uno de los elementos de preocupación de la Agenda para la Conferencia internacional de la Cruz

⁷¹ J.E. STIGLITZ, *Un autre monde. Contre le fanatisme du marché*, Fayard, París, 2006, pp. 37 ss.

Roja (2019) es la cuestión de la eficacia, que exige que algunos ámbitos se clarifiquen normativamente, como por ejemplo en la cuestión de la ciberseguridad⁷², o en las empresas privadas de seguridad⁷³, o en el de protección de víctimas de graves violaciones de derechos humanos⁷⁴, por poner algunos ejemplos.

El desarrollo progresivo del DI para colmar estas deficiencias del DI requiere en algunos casos de la participación de los ANE, lo que ha hecho aparecer nuevas técnicas y desarrollos. Así, en el marco del *Derecho social internacional* la globalización ha conducido a un deterioro de los derechos laborales (bien expresiva es la noción de trabajo digno o decente, como aspiración). Esto se ha manifestado en las últimas décadas como consecuencia de la mayor competitividad y de la liberalización internacional de la economía.

Revertir esta tendencia ha llevado a intentar activar *clausulas sociales* y otro tipo de medidas en los Tratados internacionales. Pero también a unos *acuerdos marcos internacionales* que son una novedad en tanto que manifestación de una incipiente autonomía colectiva más allá del Estado, pero que es cada vez más relevante, sobre todo en el ámbito de las multinacionales⁷⁵.

En el marco Empresas y derechos humanos, como en otros ámbitos del DIDH, han proliferado los *mecanismos de autorregulación* de los ANE, gene-

⁷² Vid. A. SEGURA SERRANO, "Ciberseguridad y Derecho internacional", *REDI*, vol. 69 núm. 2, 2017, pp. 291-299; M. KETTEMANN, "Ensuring cybersecurity through International law", *REDI*, vol. 69 núm. 2, 2017, pp. 281-289, p. 283.

⁷³ Vid. J.L. DEL PRADO, *Informe del grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, Consejo de derechos humanos, 4-VII-2011; J.L. GOMEZ DEL PRADO, H. TORROJA MATEU, *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, 10, *Tribuna internacional*, 2011, 199 pp; H. TORROJA, S. GUELL (dir), *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las empresas militares y de seguridad privadas*, Bosch editor, 2009, pp. 163 ss; J. CARDONA LLORENS "La externalización/Privatización del uso de la fuerza por las Naciones Unidas", *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Prof. J.A Carrillo Salcedo*, Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, 2005, pp. 317 ss.

⁷⁴ A pesar de la aprobación hace tres décadas por la AGONU de los *Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder* poco se ha avanzado. Vid. H. OSUNA, M. PAEZ, "Fundamento convencional y alcance de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos", *Nuevos desarrollos del Derecho internacional de los derechos humanos (Libro III)*, *El derecho internacional de los derechos humanos (volumen III)*, tomo IV, siglo XX, G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ, R. DE ASIS, J. ANSUÁTEGUI, C. FERNÁNDEZ LIESA (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, 2013, pp. 1811 ss.

⁷⁵ Cfr M. CORREA CARRASCO, *Acuerdos marco internacionales. De la responsabilidad social corporativa a la autonomía colectiva transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 23 ss.

rales y sectoriales, que plantean la cuestión de si el DI se está degradando o si, por el contrario, refleja una etapa en el desarrollo progresivo del Derecho internacional. El problema de las lagunas es que en ocasiones pueden ser queridas, es decir, que los sujetos que tienen el poder de hacer las normas (hoy en día singularmente los Estados) no tengan la voluntad de hacerlas, lo que no constituye en puridad una laguna⁷⁶.

6.2. Los ANE, la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional

La cuestión de los ANE y el DI, así como en particular el DIDH, debería ser objeto de inclusión como uno de los temas de trabajo en la codificación y desarrollo progresivo de la Comisión de Derecho internacional de Naciones Unidas. Las dos funciones principales de esta Comisión consisten en codificar el derecho no escrito y en desarrollar progresivamente el derecho (o proponerlo, al menos). Con este proceder se contribuye tanto a la seguridad jurídica como a la evolución del Derecho⁷⁷. Pues bien, la cuestión de los ANE plantea muchas dudas jurídicas que deberían ser objeto de una profunda reflexión y consenso.

Principalmente sobre el papel de los ANE en la evolución y desarrollo progresivo del DI. En esta línea algunos autores se refieren a la regulación colaborativa (entre sujetos y ANE)⁷⁸, que plantea cambios en la naturaleza del proceso nomogenético internacional. Ciertamente que los ANE están detrás de muchos instrumentos, pero la cuestión es en qué medida se puede todavía impulsar esta función.

Además, habría otras líneas de análisis, como abordar la cuestión de la relevancia de la práctica internacional de los propios ANE en la evolución del DI y del DIDH. ¿Tiene relevancia la *opinio iuris* de los ANE o solo la de

⁷⁶ Cfr. C. BAILLIET, *Non State actors, soft law and protective regimes. From the margins*, Cambridge University Press, 2014, 318 pp.

⁷⁷ Vid. sobre la CDI: R.J. DUPUY, "La codification du Droit international a-t-elle encontre un intérêt à l'aube du troisième millenaire?", *Le DI à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, 1, 1987, pp. 261 ss; R. AGO, "Nouvelles réflexions sur la codification du droit international", *International law at a time of perplexity. Essays in honour of S. Rosenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 1 ss; Y. DAUDET, "A l'occasion d'un cinquantenaire. Quelques questions sur la codification du Droit international", *RGDIP*, núm. 3, 1998, pp. 609 ss.

⁷⁸ Sobre esto véanse las reflexiones de K. BUHMANN, *Power, procedure, participation and legitimacy in global sustainability norms. A theory of collaborative regulation*, Routledge, 2017.

los Estados? Lo cierto es que hasta el momento la mayor parte de la doctrina viene a considerar que la práctica internacional relevante es la de los actores estatales, pero al mismo tiempo también se invoca la práctica, cada vez en mayor medida, de los ANE, para confirmar la existencia de costumbres internacionales, o para analizar el derecho aplicable a una determinada situación. En el marco de las normas de *Ius cogens*, ámbito examinado por la CDI, por el relator Tladi, se planteó cual debía ser la práctica de los ANE. En el texto propuesto (arts. 4 a 9) se considera como práctica relevante solo la de los Estados. Pero bien es cierto que la noción de Comunidad internacional de Estados en su conjunto, del art. 53 del Convenio de Viena sobre derecho de los Tratados, alude específicamente a dicha Comunidad (que no es la Comunidad global en la que estarían los ANE).

El art. 7.1 del proyecto se refiere a que la referencia a la Comunidad internacional, es a la aceptación y reconocimiento por los Estados, no por otros actores o entidades. Pero la CDI reconoce expresamente que la actitud de los ANE puede ser relevante a la hora de evaluar la posición de los Estados. De tal manera que se admite una posición de cierta significación y relevancia jurídica del comportamiento y posición de los ANE en el proceso de formación de normas de *Ius cogens*. Si esto es así en este marco también lo puede ser en el conjunto del sistema normativo internacional, lo que es un ámbito en gran parte todavía inexplorado, en el que se debía de clarificar el derecho aplicable.

7. LOS ANE Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

El Derecho internacional de la responsabilidad es el epicentro de cualquier sistema jurídico. La posición de los ANE plantea muchas cuestiones en el ámbito del Derecho de la responsabilidad, que exigen de nuevos desarrollos. En el marco de la lucha contra la trata de seres humanos los instrumentos internacionales más recientes establecen no solo medidas de prevención sino también de reparación de las víctimas. Así, por ejemplo, en *Los principios Recomendados sobre los derechos humanos y la Trata de personas*, de Naciones Unidas⁷⁹ se establece que entre las obligaciones del Estado no solo está la de hacer un enfoque de la trata que se base en los derechos humanos (y lo

⁷⁹ Vid. en este sentido *Los Principios recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, de Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado), *Los derechos humanos y la trata de personas*, Naciones Unidas, 2014, 75 pp; el *Protocolo para prevenir la trata, a la convención contra la*

considere una violación de los mismos) sino que atiende a las víctimas desde la perspectiva de que los Estados tienen unas responsabilidades especiales.

Entre estas están no solo la obligación de identificar, proteger y apoyar a las víctimas de la trata, de prestarles protección y apoyo inmediatos, asistirles en derecho y mediante otras medidas, que no supongan su penalización sino que también se incluyen, entre otras obligaciones, la de reparar las violaciones de los derechos humanos. A tal efecto se considera que serían aplicables los *Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, que se centra, en particular en la reparación para las víctimas de los delitos cometidos por ANE (aprobada por la AGONU, en 1985). En el contexto de la trata de personas se considera que los derechos internos deben dar a las víctimas la posibilidad de obtener una indemnización por los daños sufridos (art. 6, 6, del protocolo de 2000; y 15 del Convenio europeo). Se establece que las víctimas tienen derecho a una compensación económica de los tratantes condenados, tanto por los daños materiales como por su sufrimiento; además se prevé que se deberán crear vías de recurso efectivas y apropiadas para las víctimas de la trata.

Del mismo modo, el tercer pilar de los *Principios Rectores empresas y derechos humanos* se refiere al acceso a mecanismos de reparación. En este sentido, los principios rectores (vid desde el 25) establecen que los Estados deben tomar medidas para garantizar, por las vías judicial, administrativa o legislativa o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan este tipo de abusos en su territorio o bajo su jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces, tanto extrajudiciales como judiciales (como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas), estatales como no estatales⁸⁰. Estos elementos para la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos deben ser desarrollados en el DI, y actualmente solo constituyen objetivos, de difícil control.

Si nos vamos al ámbito de la *responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos* consistentes en la violación de derechos humanos por ANE hay

delincuencia organizada transnacional, de 2000, o el *Convenio del Consejo de Europa, de 16-V-2005, sobre la lucha contra la trata de seres humanos*.

⁸⁰ En este sentido el principio 31 establece que para garantizar la eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, los mecanismos de reclamación deben ser legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos así como una fuente de aprendizaje continuo. Vid. sobre esto: J.J. ALVAREZ RUBIO, K. YIANNIBAS, *Human rights in business. Removal of barriers to access to justice in the European Union*, Routledge, London, 2017.

que tener en cuenta que para atribuir a un Estado un hecho ilícito que por lo tanto genere su responsabilidad internacional debe producirse no solo violación de la obligación sino también su atribución al Estado. Y que solo se atribuyen al Estado los comportamientos de personas o entidades que ejerzan atribuciones de poder público o de comportamientos que se realizan bajo la dirección o control del Estado. Pero que no es sencillo atribuir al Estado comportamientos de ANE, ni en el marco del DIDH ni en otros.

La práctica internacional evidencia diferentes situaciones, pero normalmente se va a exigir que el Estado incumpla alguna obligación internacional, fundamentalmente la *obligación de debida diligencia*⁸¹. O de otra naturaleza, como por ejemplo, la de proteger la legación diplomática (frente al asalto por particulares, en el conocido *asunto personal diplomático* en Teherán), o por ser responsable de los actos que se cometen en su territorio, jurisdicción o control (*asunto Loizidou contra Turquía*) o por haber permitido el uso del propio territorio para causar daños a otros Estados, en el marco de la responsabilidad objetiva o por actos no prohibidos, desde el célebre *Asunto Trail Smelter*, que estableció el *principio sic utere tuo ut alienum non laedas*.

El DI de la *responsabilidad internacional de los ANE es todavía un ámbito donde hay mucho camino por recorrer*. Hay una amplia laguna sobre las responsabilidad internacional de los ANE, que se aplica tanto a los grupos armados como a las empresas multinacionales. Como ha indicado L. Iñigo, siendo aplicable el DIH y el DIDH, en tanto que normas primarias de DI, no existe a nivel internacional un marco de *responsabilidad internacional de los grupos armados*, por lo que existe una laguna legal (*accountability gap*)⁸².

El DI no ofrece respuestas a este tipo de responsabilidad, por su *naturaleza estatocéntrica o interestatal*. Por ello se reconducen las exigencias de responsabilidad al ámbito penal, individual o colectivo, interno e internacional, así como a mecanismos de rendición de cuentas en órganos de Naciones Unidas (comisiones de la verdad y de investigación). En este sentido, indica Iñigo

⁸¹ Véase: F. LOZANO CONTRERAS, *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, Ed. Atelier, 2007.

⁸² L. IÑIGO ALVAREZ, "Los grupos armados ante el Derecho internacional contemporáneo. Obligaciones y responsabilidad", *REEL*, 2016, p. 16; A. BELLAL, "Establishing the direct responsibility of non State armed groups for violations of international norms: Issues of attribution", *Responsibilities of the Non-State actor in armed conflict and the market place: Theoretical considerations and empirical findings*, Brill Nijhoff, 2015; E. HEFFES, "The responsibility of armed opposition groups for violations of international humanitarian law: challenging the State centric system of international law", *Journal of international humanitarian legal studies*, vol. 4, 2013.

que se ha propuesto desarrollar una responsabilidad colectiva o del grupo (armado) similar a la del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, para rellenar esa laguna⁸³.

Además, señala Sassoli que si el DIH reconociese a los ANE cierta capacidad se tendría la ventaja de poder exigirles el cumplimiento de determinados estándares, mientras que en caso contrario se deja su regulación al derecho interno, lo que es descartable en un conflicto armado internacional.⁸⁴ También si nos fijamos en la violación de derechos humanos por las empresas se evidencian las dificultades de reparación de las víctimas, tanto en el plano del Derecho internacional como del Derecho interno, como ya hemos indicado⁸⁵. En este sentido, los Principios Rectores empresas y derechos humanos (principios 11-24) contienen una referencia a la *responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos* en un sentido diferente, que parece referirse a la responsabilidad en sentido moral, que tiene por objeto prevenir, mitigar y remediar la violación de los derechos humanos por parte de las empresas. Por lo demás, el tercer pilar de los principios rectores es probablemente hasta el momento un fracaso. En esta línea resalta Sánchez Patrón⁸⁶

⁸³ Iñigo propone expandir el marco normativo existente a la vista del protagonismo de los grupos armados, mediante el establecimiento de unos Principios rectores o guías que ayuden a clarificar dicha participación, de manera similar a como se ha hecho en Empresas y derechos humanos (lo que, como hemos visto, tampoco resuelve las dudas suficientemente, en ausencia de desarrollos normativos). I. ÁLVAREZ, "La responsabilidad internacional de los grupos armados: ¿responsabilidad individual o colectiva?", *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. XVIII, 2018, pp. 481-514; C. FERNANDEZ LIESA, "El Derecho internacional en el acuerdo de paz", C. FERNANDEZ LIESA, E. REY CANTOR (dirs.) *El acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC*, Ediciones Doctrina y Ley, 2017, pp. 39-57.

⁸⁴ M. SASSOLI, "Actores no estatales y desafíos para el Derecho internacional humanitario", *REDI*, vol. 68 núm. 2, 2016, pp. 313-320; en la misma revista el artículo de J.L. RODRIGUEZ-VILLASANTE PRIETO, "El Derecho internacional humanitario ante los desafíos que plantean los actores no estatales", pp. 303-312.

⁸⁵ Por ejemplo en los conocidos *Asuntos Chevron-Texaco, Shell o Bophal*. Vid. A. CANO LINARES, "De la responsabilidad por daños ambientales de una empresa transnacional al arbitraje internacional de inversiones: el caso Chevron-Texaco", C. FERNÁNDEZ LIESA, E. LÓPEZ-JACOISTE, *Empresas y derechos humanos*, cit., pp. 395 ss: en el mismo libro colectivo el estudio de A. ESPINOSA, "Empresas petroleras y medio ambiente: el caso de Shell y el Delta del Níger", pp. 465 ss; además J.E. ESTEVE MOLTO, "La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al Derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente. Lecciones del caso Bhopal", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2016.

⁸⁶ SANCHEZ PATRON, "Responsabilidad medioambiental y derechos humanos: los deberes de las empresas en el Derecho internacional", *REEL*, núm. 32, 2016, p. 31.

que la parquedad o el silencio de las regulaciones internacionales a la hora de determinar las medidas concretas que se imponen a las empresas en aplicación del deber de responder es una indeterminación que se une al carácter voluntario del instrumento.

8. REFLEXIÓN FINAL

Los planteamientos clásicos del Derecho internacional, que han llegado hasta finales del siglo XX, se muestran insuficientes para abordar la presencia cada vez mayor y más relevante de los ANE en el DI y en particular en el DIDH. El derecho internacional se encuentra así en un momento de transición, en el que su interestatalidad básica seguirá estando presente, pero que debe admitir la presencia cada vez mayor de ANE en el conjunto del ordenamiento.

La ruptura de la interestatalidad no es nueva, y es previsible que siga evolucionando el ordenamiento en ese sentido, como consecuencia de los desafíos presentes que tiene la humanidad en el marco de la globalización económica (y el papel cada vez más relevante de las Empresas multinacionales, que afecta a los derechos humanos), de la sostenibilidad (y la necesidad de abordarla sobre la base de la participación creciente de los ANE). Además, los principales retos del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos pasan por admitir la mayor presencia de los ANE. El Derecho internacional de nuestro tiempo, si quiere seguir siendo un instrumento útil en la Comunidad internacional, si se quiere en la Comunidad global, debe continuar en una visión finalista, única vía posible para la socialización y el desarrollo progresivo del Derecho internacional frente a los grandes retos contemporáneos. Además, será la única forma de abordar las necesidades de desarrollo del derecho para rellenar las lagunas y deficiencias que hemos visto a lo largo del estudio.

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA
Área de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: carlos@inst.uc3m.es