

La aplicación extraterritorial del Convenio 169 de la OIT ante la actuación de las Empresas Transnacionales españolas que afecten a los derechos indígenas

Asier Martínez de Bringas (1)

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.85.2009.03>

Sumario: 1. Introducción.—2. El Derecho Internacional ante la responsabilidad de las Empresas Transnacionales (ETN).— 3. La extraterritorialidad en el marco del Derecho español: un análisis de los postulados de la LOPJ.— 4. Fundamentos materiales para una aplicación extraterritorial del Convenio en el Estado español.— Bibliografía.

Laburpena. Hitz gakoak.—Resumen. Palabras clave.—Abstract. Keywords.

1. Introducción

El 15 de febrero de 2007 el Estado español depositó formalmente el instrumento de ratificación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales (N.º 169) (2), hasta la fecha de su adopción, principal instrumento internacional sobre derechos indígenas con efectos jurídicamente vinculantes para los Estados que lo han ratificado. Su ratificación abre un importante y denso debate en torno al valor real de la misma para un Estado como el español que carece de pueblos indígenas en el interior de sus fronteras (3); es decir, en

(1) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Girona. Responsable de la línea de investigación de Ipes-Pamplona. Ha sido Coordinador del *Proyecto de formación de representantes indígenas latinoamericanos que la Universidad de Deusto* (Bilbao) posee con la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos en Ginebra. Posee numerosas publicaciones sobre derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas.

(2) En la actualidad, el Convenio ha sido ratificado por un total de 19 Estados, en su mayoría latinoamericanos. A día de hoy, la lista de ratificaciones del Convenio está compuesta por los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y República Bolivariana de Venezuela.

(3) Junto con el Estado español los Países Bajos, otros dos Estados europeos, Noruega y Dinamarca son parte del Convenio, ambos países con población indígena. Para nuestro supuesto, son los dos primeros los que marcan una diferencia cualitativa en la problemática que queremos abordar, por carecer, precisamente, de pueblos indígenas en el interior de sus fronteras y ámbito de su soberanía territorial.

el ámbito de la soberanía territorial y jurisdiccional inmediata del Estado, espacio sobre el que los Estados ejercen un control efectivo y total de sus territorios, poblaciones y jurisdicciones.

El hecho de que nos encontremos ante el Convenio 169, donde el sujeto y objetivo fundamental del mismo son los pueblos indígenas, nos interroga sobre si el Convenio posee un valor jurídico para el Estado español, al carecer de pueblos indígenas en el ámbito territorial de sus fronteras, por tanto, al carecer de sujeto y objeto de aplicación de los contenidos del Convenio; o, como consecuencia de esta circunstancia, el Convenio sólo poseerá un valor moral para el Estado español, lo que se expresa en la necesidad de desarrollar prácticas y políticas de solidaridad con pueblos indígenas y con otros Estados en cuyo ámbito territorial y jurisdiccional éstos se ubican. En este sentido, la expresión más clara de solidaridad serían las políticas de cooperación al desarrollo con países con población indígena y cualquier otra forma de política exterior que incumba y afecte a estos pueblos. Si esto fuese así, la incidencia, intervención y presencia de las empresas transnacionales españolas (ETN) en territorio indígena, no podrían ser controladas ni reguladas por las garantías de protección a los derechos de estos pueblos que otorga el Convenio, quedando la actividad de estas empresas sin control; teniendo en cuenta, por otro lado, las posibilidades jurídicas que para otros países, con pueblos indígenas en su ámbito territorial, sí abre el Convenio.

La tesis y argumento fundamental que queremos defender en este escrito es que el Convenio sí posee valor jurídico para el Estado español, siempre que se apela a una aplicación extraterritorial del mismo. Con ello se quiere significar que el contenido y obligaciones jurídicas que establece el Convenio, sí son de obligado cumplimiento para el Estado español. Una de las formas para otorgar validez jurídica a los contenidos del Convenio es apelando a una aplicación extraterritorial del mismo, esto es, el Convenio tendrá validez jurídica fuera de las fronteras del Estado español, para todos aquellos actores españoles —en un sentido lato hablaríamos de «órganos de la sociedad» (4), aunque de manera específica nos referiremos a ETN— que tengan algún nivel de actuación e intervención en territorio indígena. Con una estrategia como la de la aplicación extraterritorial del Convenio se pretende ampliar el alcance de las responsabilidades en materia de derechos humanos a otros actores (españoles) distintos del Estado que, aún no actuando en territorio español, lo hacen, en el marco de posibilidades que otorga la globalización del capital, en otros Estados y territorios, representando y habilitados por el propio Estado.

(4) Este es el término que adopta la *Declaración sobre el Derecho y el Deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos y libertades fundamentales universalmente reconocidas*.

2. El Derecho Internacional ante la responsabilidad de las Empresas Transnacionales (ETN)

Resulta hoy todavía difícil hablar y justificar que las ETN sean consideradas como sujetos de derechos y deberes y, desde ahí, imputables por posibles violaciones de derechos humanos. La imputación a las ETN como sujeto infractor de derechos no es todavía una tesis jurídica asentada. La aplicación práctica de la responsabilidad penal a entidades corporativas genera todavía muchos problemas. Estas vías de interpretación y exploración requieren todavía importantes elaboraciones teóricas que permitan un desarrollo coherente, tanto desde el Derecho internacional, como desde el Derecho penal. Si la imputación de la responsabilidad penal es difícil y ardua, todavía constituye un grado de fundamentación más cualitativa la ubicación de los grados de responsabilidad como consecuencia de la violación de derechos humanos en territorio indígena.

Este escrito pretende tener una vocación jurídica, no ética, en los postulados que propone y en las consecuencias que busca. Pretende, por tanto, hablar de responsabilidades jurídicas, de vinculación jurídica de los afectados —terceras partes, ETN y Estados— a partir de las propuestas que se formulan: la aplicación extraterritorial del Convenio 169 de la OIT. En este sentido, escapa intencionadamente de la amplia gama de medidas éticas o dispositivas que en relación a estas cuestiones se han venido proponiendo (5).

Varios son los motivos que fundamentan esta pretensión jurídica. En primer lugar, que los procesos de autorregulación de conductas y actividades por parte de las ETN se han propuesto como medidas sustitutivas, nunca complementarias, de la regulación nacional e internacional existente en torno a la cuestión. Es decir, en la medida que las ETN procedían, por voluntad propia, a regular su campo de actuación e intervención, ello se traducía, paralelamente, en una suspensión de la regulación, que en sus distintos niveles, existía en materia de derechos humanos para controlar la actuación de actores y sujetos. Las autorregulaciones, con pretensión ética, unilateral y asumidas voluntariamente por las ETN, han implicado, en última instancia, un vaciamiento y suspensión de las disposiciones jurídicas que sobre estas materias se habían venido desa-

(5) Nos referimos, entre otras disposiciones, al *Borrador de Código de Conducta de Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales*; a las *Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)*; a la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*, de la Organización Internacional del Trabajo; a las *Normas sobre responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Entidades Comerciales en materia de derechos humanos* de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; al *Pacto Mundial* del Secretario General de la ONU; y a la *Responsabilidad social corporativa y contribución voluntaria de las empresas multinacionales*.

rollando; junto con una descomposición de aquellas responsabilidades jurídicas que implicaban una mayor capacidad coercitiva para obligar y reconducir las actuaciones de las ETN. En segundo lugar, el principio de autorregulación voluntaria, mediante la adopción, por ejemplo, de cláusulas sociales para limitar el ámbito de actuación de las ETN —cuando ésta puede traducirse en violación de derechos humanos—, ha conllevado, como hemos afirmado, una amplia desregulación de las disposiciones normativas existentes en materia de derechos humanos. Mecanismos como la responsabilidad social corporativa, o la adopción de cláusulas sociales, han implicado la sustitución de las normas legales existentes al respecto, por pactos privados por parte de las empresas, en relación a los derechos humanos. El espíritu de estas disposiciones reposaba, en última instancia, en la buena voluntad de las ETN para limitarse o regularse, quedando la efectividad de las mismas supeditada al interés o necesidad de las mismas. En definitiva, se ha procedido a una sustitución del Derecho —Derecho internacional de los derechos humanos, entre otros— por normas no legales, de imposible vinculatoriedad jurídica; es decir, una sustitución del derecho público por el derecho privado, dependiendo, éste, en última instancia, de la voluntad de las partes para vincularse. Ello ha implicado un intenso debilitamiento de la capacidad de fiscalización pública sobre las actuaciones de las ETN. Con lo cual, el interés público, gobernado hasta entonces por el Derecho, ha quedado sustituido por el interés privado: el de las ETN.

Teniendo en cuenta este marco de sentido desde el que nos orientamos, haremos un breve recorrido sobre la ubicación y configuración de la responsabilidad de las ETN en el espacio internacional. Así podrán entenderse mejor las dificultades anunciadas y, desde ahí, el sentido y la pretensión de este ensayo.

El régimen normativo internacional relativo a las ETN está compuesto, en su conjunto, por diferentes normas, directrices y estándares relacionados entre sí y diseminados por todo el ordenamiento jurídico internacional (6). Para aclarar nuestra perspectiva, podemos diferenciar dos tipos de normas jurídicas relativas a ETN: las orientadas a regular la inversión extranjera, de gran importancia y que no siempre se tienen en consideración para evaluar los impactos en los momentos preeliminarios, momentos de estudio para poder analizar la viabilidades y posibilidades que posee la aplicación de un proyecto concreto; las que regulan las conductas de las ETN en el desarrollo de sus actividades comerciales, aquellas que comprometen sus actividades y métodos de trabajo (7). Éstas últimas tasan el com-

(6) UNCTAD (2005): pp. 24 y ss.

(7) MARTÍN-ORTEGA, O. (2008): pp. 79-135.

portamiento de las ETN en relación al impacto social y ambiental, cuestión que tendría que complementarse con el análisis de la normativa relativa a inversiones como si fuesen las dos caras de una moneda.

La normativa relativa a inversiones regula las relaciones entre el Estado de origen, el Estado receptor y las ETN. A pesar de constituir un cuerpo jurídico más claramente identificable que el que regula las conductas, cuenta con pocos instrumentos en el Derecho internacional que regulen la relación económica completa, ámbito de relación donde se producen los mayores impactos y choques entre las partes en conflicto, lo que se traduce, muchas veces, en violación de los derechos de las personas y comunidades que allí habitan. De manera sintética diremos que el marco jurídico aplicable a las inversiones se encuentra recogido fundamentalmente en: a) las legislaciones nacionales; b) una serie limitada de estándares generales de Derecho Internacional dedicados a la protección de las mismas; c) tratados bilaterales de inversión entre Estados; d) acuerdos privados entre Estado receptor y empresas, con un grado fuerte de opacidad, lo que se traduce en una escasa publicidad de las condiciones y criterios con los que se realiza la inversión y las posibilidades de actuación de las ETN.

Esta prelación da medida del escaso desarrollo normativo de estas cuestiones por parte del Derecho internacional, así como de la sistemática tendencia a una regulación privada y contractualizada de las mismas, lo que complejifica la posibilidad de fundamentar e imputar a las ETN como responsables de la violación de derechos humanos. Por tanto, nos encontramos ante la ausencia de unos principios generales de Derecho internacional público claros a este respecto. Normalmente se procede a través de lo que se ha venido denominando «acuerdos de Estado» en los que intervienen como interlocutores privilegiados las ETN. Estos procedimientos conllevan la fijación de «cláusulas de estabilización», enormemente criticadas por las agresiones a los derechos humanos que conllevan, cláusulas que implican la anulación o regulación de todos aquellos elementos que puedan suponer un conflicto o problema para el buen desarrollo del proyecto, lo que incluye restricciones a las normas relativas a protección de derechos humanos, salud, seguridad en el trabajo y desarrollo medioambiental (8). A ello habría que añadir la generalizada tendencia a la utilización del arbitraje comercial internacional, como mecanismo para resolver conflictos, lo que deja fuera todo el corpus del Derecho internacional de los derechos humanos y la posibilidad de judicializar los conflictos por vulneración directa de derechos (9).

(8) Como AI ha dejado claro, las ETN impelen a los Estados al incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas en materia de derechos humanos, para el buen desarrollo de las inversiones y contratos en el marco de la Lex Mercatoria. Cf. AI (2003); AI (2005).

(9) MARTÍN-ORTEGA, *op. cit.*

En definitiva, el desarrollo de un Derecho comercial trasnacional a espaldas de las exigencias del Derecho Internacional público general ha conllevado que el régimen que gobierna las inversiones, se desvincule radicalmente de los estándares en materia de protección internacional de los derechos humanos y del derecho medioambiental; así, como de los parámetros de responsabilidad internacional que corresponde a los Estados en relación a dichas cuestiones.

Frente a este tibio y oscuro horizonte que no se puede desdeñar, se han empezado a desplegar respuestas jurídicas para poder frenar, limitar o contrapuntar la capacidad de actuación de las ETN; junto con la necesidad de exigir responsabilidades por posibles vulneraciones de derechos humanos que se derivan de estas actuaciones. Desde ahí, está siendo fuerte el impulso para poder considerar a los actores no estatales (ETN) como sujetos de obligaciones y responsabilidades por las actuaciones desplegadas y por el nivel de impacto de las mismas (10).

Un sumario rastreo para encontrar fundamentos jurídicos que sostengan la tesis de que también las ETN son sujetos de obligaciones en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, puede hallarse ya en los artículos 28, 29 y 30 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Allí se hablaba ya de la necesidad de imponer una responsabilidad colectiva para lograr la plena realización de los derechos que la *Declaración* contenía, así como para consolidar un «orden social e internacional que respete, promueva y desarrolle ese orden de derechos. Una interpretación extensiva y evolutiva del artículo 30 nos daría fundamentos para considerar a las ETN como sujeto de responsabilidades a partir de la siguiente redacción: «Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos proclamados en esta Declaración». Una interpretación actualizada del concepto «grupo o personas», desde el punto de vista de la dogmática de los derechos humanos, permite inferir que las personas jurídicas deberán ser consideradas, necesariamente en nuestro momento global, como sujetas de derechos y deberes, y por interpretación analógica, las ETN. Ello se hace evidente si en nuestro proceso de actualización de la teoría, tenemos en cuenta el grado de impacto y la enorme responsabilidad que las ETN tienen en la conculcación de los derechos humanos hoy.

La práctica posterior de Naciones Unidas, a través de su Asamblea General, pretendió institucionalizar la utilización del término «órganos de la sociedad» para poder ampliar las responsabilidades en materia de

(10) ALSTON, P. (2005): pp. 15 y ss.

derechos humanos a actores no estatales. El instrumento, novedoso en este aspecto, fue la *Declaración sobre el Derecho y el Deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos y libertades fundamentales universalmente reconocidas* (11), conectando, de esta manera, con las exigencias del Preámbulo de la *Declaración Universal*. Aquella *Declaración*, reiterando la primordial responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos, afirma con contundencia que los particulares, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones u órganos de la sociedad, tienen una misión y una responsabilidad en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como en el progreso de las sociedades. La *Declaración* no hace una enumeración taxativa de las entidades, instituciones u organismos que incluyen e integran esa noción ambigua y abierta de «órganos de la sociedad». Sin embargo, cualquier interpretación jurídica situada deberá incluir a las ETN en esa prelación, dado el protagonismo que éstas han adquirido contemporáneamente en relación con los derechos humanos (o más exactamente, en relación con la vulneración de éstos). El artículo 20 de la *Declaración* vuelve a declamar la responsabilidad de los Estados en materia de derechos humanos, impidiendo que éstos apoyen o promuevan actividades de individuos, grupos de individuos, instituciones u organizaciones no gubernamentales que entren en contradicción con la Carta de Naciones Unidas. Con ello se nos abre una vía indirecta o negativa de fundamentación, puesto que aunque el protagonismo no se pone directamente en las ETN, sí nos remite a la íntima triangulación en la que toda actividad de ETN se produce y posibilita: la relación trabada y dialéctica entre Estado inversor, receptor y ETN. Con ello se cierra la vía a que los Estados puedan funcionar como plataformas habilitadoras para la actuación de ETN, siempre que ésta se traduce en violación de derechos humanos. Asentamos, de esta manera, el concepto de *responsabilidad subsidiaria* del Estado por las actuaciones de ETN que actúan en su nombre —desarrollando actividades productivas de gran relevancia para los intereses del Estado— y bajo el paraguas de su jurisdicción. Ello no es más que una prolongación de la obligación de proteger de los Estados (12).

(11) Resolución 53/144, 8 de marzo de 1999.

(12) Cf. Las Directrices de Maastricht sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, enero de 1997, en concreto el numeral 18 cuando dice: «Un elemento de la obligación de proteger es la responsabilidad del Estado de asegurar que entidades privadas o particulares, incluidas las empresas transnacionales sobre las cuales ejerce jurisdicción, no violen los derechos económicos, sociales y culturales de las personas. Los Estados son responsables de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales que resultan cuando no controlan con la debida diligencia la conducta de dichos actores no estatales. Cf. También Comité de Derechos Humanos, U.N. Doc. CCCPR/C/79/Add. 55, de 27 de julio de 1995.

Por tanto, la *Declaración* da enormes pistas para fundamentar la posibilidad de considerar a las ETN como sujetos de responsabilidades; también otorga vías indirectas, a partir de la especial implicación y responsabilidad que los Estados tienen en evitar violaciones de ETN, afectando, con ello, al corazón del Derecho comercial transnacional. En el mismo sentido se expresa el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), en su informe sobre las Responsabilidades de las Corporaciones transnacionales y otras entidades empresariales en materia de derechos humanos (13).

Se trata, en última instancia, de despejar la enmarañada madeja, estableciendo los mecanismos para poder atisbar los espacios que permitan fundamentar violaciones de derechos humanos no consideradas ni previstas hasta ahora por el Derecho. Para todo ello es necesario transitar del concepto de «responsabilidades» al de «obligaciones jurídicas concretas». Un intento de ello es precisamente la propuesta de aplicación extraterritorial del Convenio que venimos haciendo. El ACNUDH ha intentado profundizar en esta misma tesis al establecer la necesidad de tasar, de manera separada y autónoma, las responsabilidades de las ETN, en relación a su naturaleza y actividades. Para ello habla de «esferas de influencia» diferenciadas que pueden ejercer las ETN, estableciendo tres categorías: responsabilidad de respetar; responsabilidad de apoyar; responsabilidad de asegurarse que no son cómplices en abusos de derechos humanos. Esta última categoría refuerza nuestro intento de fundamentar responsabilidades en relación a las ETN por sus actuaciones en territorio indígena, al aludir la complicidad corporativa de las mismas en la vulneración de derechos humanos. Por tanto, si la criminalización de ciertas actividades implica la tipificación de crímenes corporativos, existiendo éstos en determinados ámbitos, nada impide que lo mismo se pueda hacer en materia de derechos humanos, por violación de éstos, por actuaciones concretas de las ETN. Con ello se va despejando la espesa niebla que reposaba sobre los intentos de hablar de las ETN como sujetos de obligaciones y responsabilidades.

En los últimos años se han intensificado los esfuerzos, en el ámbito de las Naciones Unidas, para poder dar continuidad a estos tímidos pero sugerentes esfuerzos por pensar cómo afectan las actividades económicas y comerciales desarrolladas por las ETN a los derechos humanos. Es decir, ubicar en el centro del análisis el protagonismo y responsabilidad que la globalización económica —a través de actores como las ETN— tiene en la conculcación de derechos humanos hoy. Para ello, dentro de la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos se creó un nuevo man-

(13) E/CN.4/2005/91, 15 de febrero de 2005, párrafo 29.

dato sobre «Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales», a través del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas, John Ruggie (14).

El Representante especial sometió el informe final de la investigación sobre esta temática al Consejo de Derechos Humanos el 3 de junio de 2008 (15). El informe pretendía responder a la necesidad de crear un nuevo marco de reglas, prácticas e instituciones que definan la intersección entre negocios, prácticas comerciales y derechos humanos. En el informe se reconocía la necesidad perentoria de dicho marco ya que: «markets pose the greatest risks —to society and business itself— when their scope and power far exceed the reach of the institutional underpinnings that allow them to function smoothly» (16). Desde ahí se proponía hacer un diagnóstico de situación de los derechos humanos en relación con las actuaciones y disposiciones de empresas comerciales. La metodología consistía en estructurar un nuevo marco categorial, a partir de tres criterios claramente delimitados: la necesidad de *proteger*, de *respetar* y de *reparar* los daños producidos por las actividades de ETN, y otras empresas comerciales. Sin embargo, para poder cumplir con las exigencias que propone este nuevo marco categorial, era necesario un régimen diferenciado y autónomo de responsabilidades que permita discernir mejor los sujetos responsables por violación de derechos, así como las dimensiones materiales de esas vulneraciones. Se hablaba, para ello, del deber de *proteger* que tienen los Estados frente a vulneraciones de derechos humanos que provengan de terceras partes, entre las que incluye las empresas comerciales; se hablaba, también, de la *responsabilidad corporativa* que las ETN y otras empresas comerciales tienen en relación con los derechos humanos; finalmente, se reconocía la necesidad de facilitar y *promocionar un acceso mas efectivo a medidas reparatorias*, como consecuencia de la violación de derechos, teniendo en cuenta las diferentes responsabilidades de los sujetos implicados y los estatutos de implicación de éstos.

Varias son las consecuencias que se pueden derivar para nuestro propósito central: la aplicación extraterritorial del Convenio en el supuesto de vulneraciones que procedan de ETN españolas. En primer lugar, el informe viene a reconocer la responsabilidad de las ETN por el resultado de sus acciones, estableciendo, de esta manera, un contenido material concreto y situado para el concepto de responsabilidad corporativa. Y, en

(14) A través de la Resolución 2005/69, del 20 de abril de 2005. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-69.doc

(15) *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008. Disponible en <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>

(16) *Op. Cit.*, p. 2.

segundo lugar, se establece la necesidad de fijar un mecanismo, una metodología, para desagregar responsabilidades, esto es, para establecer esferas de responsabilidad autónoma y separada, en función de sujetos y acciones; sujetos y actores entre los que habrá que considerar, con carácter primordial, a las ETN. Todo ello otorga elementos materiales de denso alcance para fundamentar la responsabilidad de las ETN por violación de derechos humanos, lo que justificará una utilización táctica de la aplicación del extraterritorial del Convenio en el supuesto español.

3. La extraterritorialidad en el marco del Derecho español: un análisis de los postulados de la LOPJ

Un importante ámbito de dificultades tiene que ver con el procedimiento de extraterritorialización en sí mismo. El conflicto se plantea ya, en el Derecho español, cuando nos interrogamos por la «extraterritorialidad de la ley penal» (17). El problema allí reside en la razonabilidad de los vínculos que permiten la atribución de la competencia penal a un órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, lo que exige fundamentación en derecho es qué razones hacen competentes a la jurisdicción española por delitos penales cometidos fuera de su ámbito territorial y de soberanía. El Estado español, en respuesta a este interrogante, se guía por el principio de nacionalidad, estableciendo una imperecedera ligazón entre el/la nacional y sus leyes, donde quiera que ésta se halle, por prolongación de la protección del Estado sobre sus nacionales. A partir de ahí, la LOPJ, en su art. 23, establece tres vínculos que justifican la comprensión de la extraterritorialidad: a) la nacionalidad del sujeto activo del delito (23.2); b) la protección de los intereses nacionales (23.3); c) la consecución de la justicia universal (23.4) (18). El primer vínculo ubica el *principio personal*, es

(17) AA.VV. (1989-1990): pp. 1273-1305.; SANZ HERMIDA, A. M. (1999): pp. 125-140; JESCHEK, H. H. (1993).

(18) Mientras se redactaba este trabajo, el Congreso de los diputados acordó, el 19 de mayo de 2009, con el apoyo de los grupos mayoritarios —y con el voto en contra de IU, ICV, ERC y BNG—, modificar el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que consagraba el principio de jurisdicción universal, desvirtuando en muchas dimensiones su contenido y alcance. El 7 de octubre de 2009, el Senado aprobó, también, la reforma de la LOPJ que limita la jurisdicción universal. Finalmente, la reforma ha quedado consumada por medio de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implementación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y su consiguiente publicación en el Boletín Oficial del Estado, el 4 de noviembre de 2004. El proceso ha tenido una enérgica reacción crítica por parte del movimiento de derechos humanos que se ha movilizado con encono contra esta reforma. La reforma proferida habilita a los Tribunales españoles a conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional —lo que se conoce como jurisdicción universal— sólo en aquellos supuestos en los que se acredite que los presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o *constatarse algún vínculo*

decir, determina quién es el sujeto activo del delito, en cuanto principio complementario del de territorialidad. El segundo, es el *principio real o de protección*, que relata los intereses a proteger. El tercero narra el *principio de justicia universal* justificado a partir del principio de solidaridad universal tan propio en la doctrina de los derechos humanos, pero cuyos principios y esencia han quedado desvirtuados tras la injustificable reforma referida (19).

Estos vínculos, restrictivos y estrictamente tasados en nuestra LOPJ, pueden ofertar motivos suficientes para fundamentar la extraterritorialidad del Convenio 169, como veremos más tarde. Sin embargo, exigiría ya una interpretación extensiva y abierta por la que ciertos tipos penales pueden identificarse *con* y *como* violaciones de derechos humanos en territorio indígena; es decir, trataremos de reconducir la extraterritorialidad de la ley penal, arrastrándola a nuestro ámbito de ubicación, para poder interpretar violaciones de derechos humanos contenidas en el Convenio, dando fundamento, de esta manera, a nuestro criterio de extraterritorialidad. Ello implicaría reconducir el concepto de justicia universal, por medio de una interpretación extensiva de los preceptos recientemente reformados, a los moldes de fundamentación que venimos manejando, superando la rígida tasación que ha venido a establecer LOPJ, mediante una fundamentación abierta y colateral con los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio, hoy ratificado por el Estado español.

de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. La reforma procede, por tanto, a limitar y estrechar el principio de jurisdicción universal de acuerdo con el principio de subsidiariedad, en contra de la doctrina establecida ya por el Tribunal Constitucional.

Con ello se debilita el régimen de derecho desarrollado a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, asumiendo una posición contraria a disposiciones del propio Derecho internacional consuetudinario, contraviniendo instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan al Estado español en esta materia, como la *Convención contra la Tortura*, la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, o los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de Lesa Humanidad*. Como consecuencia de esta agria reforma, las posibilidades materiales de la justicia universal quedan seriamente debilitadas. Sin embargo y pese a esta reforma, la reciente ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte del Estado español permite establecer densas y relevantes conexiones entre los contenidos y responsabilidades que exige el Convenio, y la propia jurisdicción española, lo que nos habilita para perseguir las vulneraciones que del contenido del Convenio se realicen por actores españoles, ya se trate de personas físicas o jurídicas.

(19) Una valoración de conjunto de la práctica de los Estados europeos en la aplicación del principio de jurisdicción universal, desde un enfoque de derechos humanos, puede verse en Human Rights Watch, *Universal Jurisdiction in Europe. The State of the Art* (vol. 18, num. 5[D]), de junio de 2006. En red: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ij0606web.pdf>. Hoy debería ampliarse la valoración crítica del tratamiento de la jurisdicción universal para el caso del Estado español, como consecuencia de la muy criticable reforma operada, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 4 de noviembre de 2009.

Para la consecución de nuestros propósitos sería necesario ensanchar el concepto de jurisdicción que se viene manejando en el Derecho español, lo que permitiría realizar, de manera más inequívoca y objetiva, interpretaciones extraterritoriales de la ley, en general, y de la legislación enfocada a derechos humanos, en particular (20). Es ya una tradición jurídica asentada la determinación de la jurisdicción a partir de la conexión espacial entre un Estado y su territorio: aquel espacio vital que corresponde a un Estado, cercado soberanamente por la mediación de fronteras rígidamente establecidas. Por tanto, jurisdicción significa control real y efectivo del territorio nacional. Este es el sentido utilizado por la *Corte Internacional de Justicia* en muchas sentencias donde la extraterritorialidad estaba implicada, como en el caso de Nicaragua; o el que ha venido utilizando el Derecho internacional humanitario para expresar una relación de dependencia, de control efectivo del territorio, de unas partes sobre otras; o el esgrimido en muchos tratados y convenios de derechos humanos, en donde el término jurisdicción denota más bien el poder que el Estado ejerce sobre su territorio y habitantes, de tal manera que, sólo cuando el Estado asume ese poder de control, resulta plausible cumplir con la obligación de respetar y asegurar los derechos de todas las personas y grupos dentro de su jurisdicción (21).

Desde ahí, pensar real y jurídicamente la extraterritorialidad (22) supone asomarse a una consideración distinta de la jurisdicción, que trasciende el mero control de un área territorial. La lógica de la solidaridad trans-estatal que maneja el concepto de justicia universal ha quedado estrechamente configurada en la nueva reforma de la LOPJ, lo que implicará hacer más enconada y fina la fundamentación que se propone, por conexiones interpretativas a las posibilidades que oferta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La lógica garantista y amplia que maneja el Derecho internacional de los derechos humanos, a partir de algunos de sus Convenios y Pactos, como la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, aplicada y ejercida a través del *Comité contra la Tortura*, tiene implicación en cualquier territorio bajo su jurisdicción, estableciendo una suerte de competencia jurisdiccional con los Estados que será necesario discernir y delimitar antes de que las obligaciones de este instrumento entren en juego;

(20) «Puesto que la jurisdicción interviene precisamente en presencia de las violaciones del derecho y, por consiguiente, cuanto más crece éste, con las obligaciones y prohibiciones impuestas al poder público, más se expande el área de las posibles ilegalidades, que ya no son sólo las cometidas por los ciudadanos comunes sino también, y cada vez más, las debidas a los que se encuentran en posiciones de poder», FERRAJOLI, L. (2008): p. 208.

(21) MILANOVIC, M. (2008); PARRISH, A. (2008).

(22) RESS, G. (2002); ROSS, J. (2004): pp. 23-24; GILLARD, E. C. (2004): pp. 25-37; HAPPOLD, M. (2003); WILDE, R. (2005); WILDE, R. (2007): 504-526; CERONE, J. (2005); MILANOVIC, M. (2008).

o el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), a través del *Comité DESC*, en donde la extraterritorialidad cooperativa entre los Estados constituye una transversal fundamental para entender todos los derechos contenidos en el Pacto y sus formas de aplicación y garantía. La extraterritorialidad, en cuanto cooperación solidaria entendida como «working together», constituye la matriz de interpretación del PIDESC, tal y como se deriva de artículos como el 2.1, el 11, el 22 y el 23; o de las *Observaciones Generales* del Comité Desc, como la 2, 8, 12 y 14 (23). Reflexiones parecidas podrían hacerse de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y la *Convención sobre los Derechos del Niño*, a través de su Protocolo Facultativo, en relación a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

4. Fundamentos materiales para una aplicación extraterritorial del Convenio en el Estado español

Hablar de fundamentos materiales es hablar de los supuestos habilitantes que permitirían y avalarían una aplicación extraterritorial del Convenio. En este apartado estructuraremos lo que consideramos los principales argumentos-fuerza para hacer plausible la tesis que venimos proponiendo.

1. En primer lugar, es fundamental prolongar la lógica y las exigencias del principio *pro homine*, tal y como es entendido y manejando en la dogmática de los derechos humanos. Ello nos impulsa a buscar siempre la interpretación más favorable y progresiva de los derechos, aquella que pueda ser utilizada en relación a los contextos con los que trabajamos, en nuestro caso concreto, con pueblos indígenas. En este sentido, una interpretación evolutiva y abierta de los derechos de los pueblos indígenas, así como de los contextos en que estos acontecen práctica y jurídicamente —considérese la situación de un Estado como el español que no tiene pueblos indígenas en el interior de sus fronteras— nos lleva, por exigencia *pro homine*, a una aplicación extraterritorial del Convenio, con el propósito de evitar que éste quede desfondado o inaplicado en sus contenidos sustantivos y en el reconocimiento de los derechos más básicos que el Convenio recoge. El principio *pro homine* nos ayuda a dar contenido real al Convenio ante la ausencia de sujeto y objeto material en

(23) Claramente denotativo, a este respecto, es la Observación General n.º 12, Derecho a una alimentación adecuada, Doc. ONU E/C.12/1999/5, de 12 de mayo de 1999, párrafo 20, cuando dice: «Aunque solamente los Estados son partes en el Pacto y son, por tanto, los responsables últimos del cumplimiento de éste, todos los miembros de la sociedad —los particulares, las familias, las comunidades locales, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil y el sector empresarial privado —son responsables de la realización del derecho a una alimentación adecuada».

el territorio del Estado español: esto es, ante la ausencia de pueblos indígenas. La mediación necesaria, instrumental, para hacer efectivos los elementos sustantivos del Convenio, es la extraterritorialidad. La extraterritorialidad funciona, por tanto, como procedimiento, como elemento formal necesario para aplicar el contenido material del Convenio.

Desde el principio *pro homine* se pueden inferir algunos elementos más que avalen la apuesta por una aplicación extraterritorial del Convenio. Este principio nos ayuda a focalizar y situar en el centro de análisis *aquellos actores* que resultan hoy enormemente problemáticos en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Haciendo un análisis de los contextos territoriales indígenas y sus derechos, podemos deducir que las ETN emergen como actores sintomáticamente problemáticos para la protección, preservación y desarrollo de los derechos indígenas. Este diagnóstico es hoy mucho más actual que cuando se redactó el Convenio. Por ello, propulsados desde la exigencia *pro homine*, un enfoque de derechos, desde la perspectiva indígena, como es la que asume el Convenio, nos llevaría a una re-actualización de los derechos y los deberes en relación a estos pueblos. Ello implica, lógicamente, una reconsideración de los actores implicados y de las obligaciones y responsabilidades que competen a éstos. Por tanto, ante la masiva violación de derechos en territorio indígena, como se está produciendo (24), la introducción de los actores no-estatales entre la nómina de los sujetos que es necesario considerar responsables por todas las actuaciones que impliquen vulneración de derechos de las personas y comunidades indígenas, constituye ya una exigencia que se deriva del principio *pro homine*. Lo que hace unos años podía pasar desapercibido para la dogmática de los derechos humanos, una lectura de los contextos globales nos convoca a una interpretación evolutiva y abierta de los mismos, abriendo el campo de las exigencias reales de los derechos humanos en relación con los pueblos indígenas. Entre ellas está la consideración de los ETN como sujetos obligados y afectados por los derechos de los pueblos indígenas.

Finalmente, la interpretación del principio *pro homine*, desde una perspectiva contextual y abierta, nos lleva, también, a una reinterpretación de los contenidos del Derecho interno español y, más concretamente, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pese a las limitaciones materiales que establece la reciente reforma. Se trata de que el Estado español tome todas las medidas necesarias para prevenir, también, las

(24) Cf. A modo de ejemplo, y sólo entre la literatura oficial, considérense todos los informes del *Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*. De ello se puede deducir que si existe un colectivo vulnerable, sistemáticamente expuesto a vulneraciones de derechos, en las diferentes formas y expresiones que la globalización del capital imagina, son los pueblos indígenas. Cf. <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/>.

violaciones de derechos humanos provenientes de actores no-estatales, de las que el Estado es responsable en primera y última instancia (25). Se trata, por tanto de quebrar la rigidez formal y material de la LOPJ, incrementando los supuestos habilitantes que nos permitirían operar bajo el paraguas de la justicia universal, para proceder a una aplicación extraterritorial del Convenio. Nos explicamos.

La LOPJ, en su art. 23.4, recoge el principio de justicia universal, en cuanto desarrollo constitucional del valor de la justicia reconocido en la Constitución española en su art. 1.1. Ese reconocimiento en abstracto del valor de la «justicia», es desarrollado y concretado en específico por la LOPJ en ese artículo, a través del reconocimiento de la «justicia universal», que implica la aplicación extraterritorial de la ley. Es decir, la posibilidad de perseguir delitos, reconocidos como tales por el derecho interno español, fuera de las fronteras del territorio español, teniendo en cuenta las conexiones nacionales que la actual reforma establece (26). Con ello se reconoce implícitamente que el desarrollo normativo realizado por el Derecho internacional de los derechos humanos complementa la legislación interna española y cabría, por tanto, una aplicación extraterritorial de esta legislación en cuanto exigencia del valor constitucional de la justicia (27).

(25) REINISCH, A. (2005): p. 79. El sistema interamericano de derechos humanos es mucho más explícito y dilatado en el establecimiento de esas obligaciones internacionales de los Estados, al hablar del deber de actuar con la debida diligencia ante y por actuaciones de terceras partes y otros actores no estatales. También remarca el deber de investigar y de reparar por parte de los Estados, ante posibles violaciones de derechos humanos, por otros actores. Por extensión y analogía de los preceptos contenidos en el sistema de la OEA, que funcionarían como principios generales de derechos humanos, podríamos hablar de principios parecidos en otros espacios regionales de protección de los derechos, como el europeo.

(26) Creemos, sin embargo, que es posible establecer una fundamentación ampliada del concepto de «conexión nacional» entre las empresas transnacionales españolas y los intereses del Estado español operando en territorialidad indígena en América Latina. Dichas posibilidades quedan fundamentadas como consecuencia de la reciente ratificación del Convenio 169 de la OIT. Las conexiones materiales y las vinculaciones nacionales quedan más clarificadas si tenemos en cuenta los contenidos que establece el propio Convenio.

(27) La sentencia del Tribunal Constitucional —STC 237/2005, en relación a los recursos de amparo interpuestos contra la STS de 25 de febrero de 2003, en donde se afrontaba por primera vez de manera directa y exhaustiva la cuestión de la «jurisdicción universal» en el Estado español— viene a ratificar este sentido. La STC establece una serie de criterios generales para proceder a la aplicación del principio de jurisdicción universal, en conexión con el delito de genocidio. Establece que la aplicación de este principio de jurisdicción universal está condicionado a la existencia y ubicación de «vínculos de conexión», como podrían ser: la presencia del inculcado, por delito de genocidio, en territorio español; la nacionalidad española de las víctimas; o la existencia de algún otro punto de conexión directo con los intereses nacionales. En relación con las ETN españolas en territorio indígena, el punto de conexión directo puede ubicarse en la nacionalidad española de las empresas que operan en esos países; así, como en los intereses generales que el Estado español pueda mostrar hacia dichos territorios, intereses que son desarrollados y ejecutados de manera privilegiada a través de la actuación de empresas españolas. Demostrada la existencia de algún «punto de conexión», la STC procede a establecer una consideración *absoluta* del principio de jurisdicción universal, con la única limitación del necesario respeto al principio de cosa juzgada: esto es, que el perpetrador del delito no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero por el mismo delito (Fundamento jurídico tercero). Todo ello constituye un estímulo jurídico inestimable para una aplicación extraterritorial del Convenio.

En este sentido y como complemento del Derecho internacional de los derechos humanos, disponemos del Convenio 169 recientemente ratificado por el Estado español. El Convenio, desde el momento de su ratificación, tiene valor jurídico y vincula internamente al Estado español, en relación a los contenidos del mismo. La cuestión polémica es hasta dónde vincula y cómo. En este sentido, la estrategia extraterritorial de aplicación del Convenio resulta fundamental para que no se produzca un vacío en la protección de los derechos de estos pueblos, como consecuencia de actuaciones provenientes de actores no estatales españoles en territorio indígena. El Estado español es responsable, por tanto, de cumplir con las obligaciones del Convenio, lo que demanda una intervención activa de éste para cumplir con las obligaciones de respetar, proteger, cumplir y garantizar sus contenidos, produciendo, además, obligaciones «*erga omnes*» (28). Para ello, irrumpe como necesario la aplicación extraterritorial del Convenio en relación a las actuaciones de las ETN españolas. Ello permite establecer una vinculación garantista entre los contenidos que fija el Convenio, de obligado cumplimiento para el Estado español, y la jurisdicción española como garante última de velar por los compromisos de derechos humanos adquiridos por España en la esfera internacional.

Como se ha expresado ya, el derecho interno español a través de la LOPJ, en su art. 23.4, establece, en abstracto, una conexión entre los delitos reconocidos en la ley penal española y el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), entre cuyo corpus normativo, con carácter vinculante para el Estado español, habría que incluir el Convenio. El art. 23.4 dice textualmente:

Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:
a) *Genocidio y lesa humanidad*; b) Terrorismo; c) Piratería y

(28) Como ha establecido de manera incisiva CLAPHAM «the International Court of Justice asserted in the Barcelona traction case that certain basic human rights give rise to international obligations owed by states to all other states which the Court characterized as *erga omnes* obligations (...) The *erga omnes* concept explains which human rights violations are capable of giving rise to a separate right for a state to complain about the violating state's breaches of its obligations concerning these basic rights». Cf. CLAPHAM, A. (2006): pp. 96-97. En un sentido complementario, el profesor Cançado Trindade ha establecido que las obligaciones *erga omnes* hacen referencia y definen a todas las entidades e individuos, incluyendo a las empresas y a las sociedades comerciales. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo indígena de Sarayaku versus Ecuador*, 17 de junio de 2005, Opinión del juez Cançado Trindade, párrafo 20. De manera similar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva n.º 18, establece: «(...) los Estados, *sean o no partes de un determinado tratado internacional*, están obligados a proteger los derechos de igualdad y no discriminación y que esa obligación tiene efectos *erga omnes*, no sólo respecto a los Estados, sino también frente a *terceros y particulares*» (la cursiva es nuestra).

apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces; e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; h) *Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.*

Esta conexión, que ubica en el eje central de mira al Convenio, se produce, precisamente, en el art. 23.4, apartados a) y h). En ellos se habla del delito de genocidio, implicando directamente a la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio y lesa humanidad*, delitos que ha afectado estructural y materialmente a los pueblos indígenas, y que ha tenido prácticas de ensañamiento amplias a lo largo ancho de América Latina. El artículo 23.4 h) también remite, como cláusula residual y de cierre, a cualquier otro delito que según los tratados o convenios internacionales, especialmente los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, que deban ser perseguidos en España, como es el supuesto del Convenio 169 de la OIT. Con ello concita y convoca todo el cuerpo normativo que ofrece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto complemento y refuerzo del derecho interno español, especialmente en lo que hace referencia a la protección y garantía de los derechos humanos, en estricta consonancia con la disposición del artículo 23.4 h). Es aquí donde la interpretación abierta y evolutiva de los derechos debe situarse en el centro de la argumentación. Precisamente por eso, por el carácter progresivo en la asunción de textos de derechos humanos en la legislación interna de los Estados, el Estado español ha ratificado, también, el Convenio. Su ratificación tiene que ver con la necesidad de dar fuerza sustantiva a su contenido, lo que se corresponde perfectamente con la máxima del artículo cuando dice «deba ser perseguido en España». Para una realización correcta del valor de la justicia, se hace necesaria la aplicación extraterritorial del Convenio, habilitados, como hemos visto, por una interpretación extensiva de las disposiciones del derecho interno español.

Por ello, el contenido del Convenio enlaza con las exigencias de la LOPJ, incluso tras su reforma, a través de los artículos 2, 3, 4 y 34 del mismo. De esta manera se cierra esa remisión de complementariedad que establece el derecho interno español a convenios y tratados internacionales. El art. 34 del Convenio funciona como criterio interpretativo para entender la integración del mismo en el derecho interno, apoyán-

dose, para ello, en las posibilidades que otorga la justicia universal. Este artículo exige que las medidas que los Estados adopten para hacer efectivo el Convenio «deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones del país». Ello ratifica dos de las tesis que venimos exponiendo para validar la aplicación extraterritorial del Convenio: por un lado, la exigencia de una interpretación flexible y abierta, habilitada y reforzada por el principio *pro homine*; por otro lado, analizar el derecho a partir de los contextos que atañen e implican a los Estados. Desde ahí, la extraterritorialidad se postula como el medio más importante para cumplir con las exigencias del art. 34.

El art. 2.1 del Convenio habla de «asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad». Como parte de esa estrategia para cumplir con el mandato del artículo 2.1, la extraterritorialidad es un momento táctico necesario que apunta hacia la consecución de una mayor efectividad en la protección y garantía de los derechos indígenas.

El artículo 3.1 establece: «Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación». Desde el sentido adoptado en todo momento en este escrito, la extraterritorialidad se formula como un elemento antidiscriminatorio en relación a la totalidad de los pueblos indígenas. Es decir, se utiliza como instrumento necesario para limitar la incidencia de las actuaciones de las ETN españolas en territorio indígena, cuestión que, de no hacerse, puede interpretarse como un elemento discriminatorio que viola derechos indígenas y favorece los intereses empresariales de las ETN. La implicación intensamente activa del Estado español en la limitación y recorte de cualquier forma o expresión de discriminación es una exigencia que se desprende del Convenio. Ello es más evidente todavía en el art. 3.2: «No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio». La no limitación de las actividades de las ETN en territorio indígena, constituye un ejercicio de fuerza y violencia intolerable desde la perspectiva de los derechos humanos.

A ello habría que añadir dos argumentos más. Por un lado, las obligaciones que emanan de la Constitución de la OIT, expresadas, en relación a lo que nos concierne, en el art. 19 (5) (d), por la que los Estados parte de un convenio internacional del trabajo «adoptarán las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio». De este enunciado, así como de una lectura somera del Convenio, se deduce que los Estados tienen obligaciones jurídicas en relación con el mismo, y la extraterritorialidad constituye una mediación importante para adoptar «las

medidas necesarias» que hagan efectivas las disposiciones del Convenio. Contextualizar las obligaciones del Convenio en relación a la situación concreta y específica de cada país, es una exigencia que actúa como indicador, como expresión de los principales problemas que, en relación a los derechos de los pueblos indígenas, tiene cada Estado. Es significativo, en este sentido, las dificultades que muestran las ETN españolas para cumplir con las exigencias del Convenio. Por ello, es obligación del Estado asumir todas las medidas necesarias para lograr la efectividad del mismo, siendo la extraterritorialidad una más entre ellas.

2. Un segundo argumento-fuerza tiene que ver con las prácticas y posiciones que el Estado español ha adoptado en relación a los derechos de los pueblos indígenas en la arena internacional. A día de hoy, el Convenio no es ya el único texto internacional en vigor que hace referencia a los derechos de los pueblos indígenas. Paralelamente a la ratificación del mismo por el Estado español, entraba en vigor la *Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (DDPI), aprobada por la Asamblea General con el voto favorable de España, tras haber formado parte activa en el grupo de Estados amigos de la *Declaración*. La *Declaración* reconoce, en su artículo 42, el especial papel que juega la comunidad internacional en su conjunto en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas del mundo, afirmando que «las Naciones Unidas, sus órganos...y los organismos especializados...así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia» de la Declaración (29). Con ello no sólo se ratifican las obligaciones del Estado español en relación al Convenio, sino que éstas se refuerzan enérgicamente como consecuencia de la entrada en vigor de la *Declaración*, cuyo articulado va sustantivamente más allá que el Convenio en el reconocimiento de derechos indígenas. Este mismo argumento, que refuerza las obligaciones jurídicas, hace todavía más plausible la aplicación extraterritorial de este texto, como medio necesario para cumplir, también, con las exigencias de la *Declaración*.

En todo este análisis queda claro el carácter *reparativo* que tiene el Convenio en relación a los derechos de los pueblos indígenas. Es, precisamente, la demanda relativa a estos derechos, o la negación de los mismos, lo que define el ámbito de aplicación de las normas relativas a los pueblos indígenas, y de manera específica, como venimos estableciendo, las obligaciones en relación al Convenio. Son las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas las que nos han convocado para establecer una conexión entre el procedimiento de justicia universal y el DIDH. Debido a que

(29) DDPI: art. 42.

el Convenio constituye el principal elemento normativo que relata de manera profusa los derechos de los pueblos indígenas; dada la reciente ratificación de este texto por el Estado español; no podemos si no inferir la necesidad de la aplicación extraterritorial del mismo como mediación necesaria para proceder, de manera reparatoria, ante las demandas de violación de derechos en territorio indígena por parte de ETN españolas.

3. Finalmente, un último argumento-fuerza que apoyaría la tesis de la aplicación extraterritorial del Convenio sería la progresiva integración de los derechos humanos en la política exterior del Estado español, tanto en un sentido general y multi-temático, como en relación a los derechos de los pueblos indígenas. Los esfuerzos realizados, así como el profundo compromiso del Estado español en materia de políticas de cooperación con los pueblos indígenas se ha expresado a través de la *Estrategia Sectorial Española de Cooperación Española con los Pueblos Indígenas* (ECEPI), una estrategia que, aunque aprobada en 2006, fue elaborada en paralelo al proceso de ratificación del Convenio.

La ECEPI, en cuanto principal instrumento de planificación en relación a todas las acciones de cooperación orientadas a trabajar con pueblos indígenas, asume plenamente los principios y derechos del Convenio, incluyendo el derecho a la autoidentificación de los pueblos indígenas; el reconocimiento del vínculo especial entre las culturas y los territorios indígenas; el derecho al «autodesarrollo» y el derecho a la participación en las decisiones que les afectan, en el marco de un «enfoque basado...en el reconocimiento de derechos» (30). La Estrategia va más allá del Convenio al reconocer como principio general, en línea con la *Declaración* de Naciones Unidas, el derecho al consentimiento libre, previo e informado «incluido el derecho a rechazar propuestas de proyectos y actividades de cooperación para el desarrollo, o de otra índole, particularmente cuando afecten a sus tierras y territorios» (31). Las líneas de acción estratégica promueven activamente los derechos reconocidos en el Convenio, incluyendo la participación «plena y efectiva» de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisión; el desarrollo de las capacidades de las autoridades de las organizaciones e instituciones indígenas, y la protección de los territorios y culturas indígenas (32).

Por tanto, el Estado español, en relación a los derechos de los pueblos indígenas, ha procedido asumiendo un compromiso estructural que se desgana como acciones concatenadas y seguidas en el tiempo; pero teniendo todas ellas un sentido y una finalidad en su conjunto. En primer lugar, asu-

(30) ECEPI (2006): pp. 19-20.

(31) *Ibidem*: p. 20.

(32) *Ibidem*: pp. 23-24.

mió el compromiso y el reto de ratificar el Convenio; posteriormente, ha trabajado intensamente, en el marco de la ONU, para llevar la aprobación de la DDPI a buen puerto; finalmente, ha comprometido intensamente su política exterior, lo que se ha traducido en la elaboración de la ECEPI.

Por ello, conscientes de la problematicidad que implica la presencia de las ETN españolas en territorios indígenas, y en el marco de acción estratégica que el Estado español ha desarrollado estos últimos años, es necesario asumir la aplicación extraterritorial de tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos como condición necesaria para poder asumir el cúmulo de compromisos anunciados en relación a los derechos humanos y, de manera específica, lo que ha sido un especial compromiso del Estado español: la realización y cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas a través del Convenio.

Bibliografía

- AA.VV. (1989-1990): «Constructing the State extraterritorially: jurisdictional discourse, the National interest, and transnational norms», en *Harvard Law Review*, vol. 103-II, pp. 1273-1305.
- AMNESTY INTERNATIONAL (2003): *Human Rights on the line: The Baku-Tbilisi-Cdyhan pipeline Project*.
- , (2005): *Contracting out of Human Rights: The Chad-Camerun pipeline project*, AI Index POL 34/12/2005, 2005.
- ALSTON, P. (2005): *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, New York.
- CERONE, J. (octubre de 2005): «The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers: The Inter-American Commission on Human Rights and US Activities in Iraq», *American Society of International Law (ASIL) Insight*.
- CLAPHAM, A. (2006): *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press.
- DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (DDPI) (2007).
- ESTRATEGIA SECTORIAL ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN ESPAÑOLA CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS (ECEPI) (2006).
- FERRAJOLI, L. (2008): *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid.
- GILLARD E.C. (2004): «International Humanitarian Law and Extraterritorial State Conduct, EN COOMANS & KAMMINGA, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, n.º 9, pp. 25-37.
- HAPPOLD M. (2003): «Banković v Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, n.º 3, 2003.

- JESCHEK H.H. (1993): *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Granada, Comares.
- MARTÍN-ORTEGA, O. (2008): *Empresas multinacionales y derechos humanos en Derecho Internacional*, Bosch Internacional.
- MILANOVIC M. (2008): «From Compromise to From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties», en *Human Rights Law Review*, n.º 8.
- PARRISH, A. (2008): «Reclaiming International Law from Extraterritoriality», en *Southwestern Law School*, 25.
- RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (2008): <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/>.
- REINISCH, A. (2005): «The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors» en P. Alston, (ed.), *Non State Actors and Human Rights*.
- RESS, G. (2002): «Problems of extraterritorial human rights violations: the jurisdiction of the European Court of Human Rights: the Banković case», en *Italian Yearbook of International Law* 51, pp. 238-272.
- ROSS J. (2004): «Jurisdictional Aspects of International Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror», en M. COOMANS & M. KAMMINGA (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, n.º 9, 23-24.
- SANZ HERMIDA A. M. (1999): DÍAZ SANTOS Y SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.), *Derecho penal. Implicaciones internacionales*, Colex, Madrid.
- UNCTAD (2005): *Informe sobre inversiones en el mundo*, Nueva Cork.
- WILDE, R. (2005): «The "Legal Space" or "Espace Juridique" of the European Convention on Human Rights: Is It Relevant to Extraterritorial State Action?», en *European Human Rights Law Review*, n.º 115.
- , (2007): «Triggering State Obligations Extraterritorially: The Spatial Test in Certain Human Rights Treaties», *Israel Law Review*, vol. 40, n.º 2, pp. 503-526.

LABURPENA: Lanaren Nazioarteko Erakundeak herrialde indigenei eta tribuei buruzko berrespen-tresna gordailutu zuen Espainiako estatuan 2007ko otsailaren 15ean. Berrespen-tresna horrek eztabaida garrantzitsua eta trinkoa eragin du Espainia bezalako estatu batentzat duen egiazko balioari buruz, ez baitu herri indigenarik bere mugen barruan, hau da, estatuaren lurralde- eta jurisdikzio-subiranotasunaren esparru zuzenaren arloan. Hau da idatzi honetan defendatu nahi dugun oinarritzko tesia: hitzarmenak badu balio juridikoa Espainiako estatuarentzat, betiere lurraldez kanpoko aplikazioaz ari bagara. Hala bada, hitzarmen honek ezartzen dituen edukia eta betebeharrak juridikoak nahitaez bete beharrekoak izango dira estatuarentzat. Baieztapen horiek balio juridikoa izango badute, beharrezkoa izango da hitzarmenaren lurraldez kanpoko aplikazioaz aritzea, nazioz gaindiko espainiar enpresen jarduerak eta esku-hartzeak kontrolatzeko modukoak izan daitezen.

GAKO HITZAK: 169. Hitzarmena, herrialde indigenak, eskubideak, nazioz gaindiko enpresak, jurisdikzioa.

RESUMEN: El 15 de febrero de 2007 el Estado español depositó formalmente el instrumento de ratificación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales. Su ratificación abre un importante y denso debate en torno al valor real de la misma para un Estado como el español que carece de pueblos indígenas en el interior de sus fronteras; es decir, en el ámbito de la soberanía territorial y jurisdiccional inmediata del Estado. La tesis fundamental que queremos defender en este escrito es que el Convenio sí posee valor jurídico para el Estado español, siempre que se apela a una aplicación extraterritorial del mismo. Por tanto, el contenido y obligaciones jurídicas que establece el Convenio, serán de obligado cumplimiento para el Estado. Para otorgar validez jurídica a estas afirmaciones será necesario apelar a la aplicación extraterritorial del Convenio, de tal manera que sean controlables las actuaciones e intervenciones de las empresas transnacionales españolas.

PALABRAS CLAVE: Convenio 169, pueblos indígenas, derechos, empresas transnacionales, jurisdicción.

ABSTRACT: In February 15th, 2007, Spain formally ratified the Convention on indigenous peoples made by the International Labour Organization (ILO). Its ratification opens an important and broad debate over its real value for Spain, due to the fact that it lacks indigenous peoples within its territory; that is, within the immediate State territorial and jurisdictional sovereignty. The main thesis that we would like to defend in this text is that the Convention has legal value for Spain, whenever it is applied outside the Spanish territory. Therefore, the content and legal duties established by the Convention will bind the State. In order to give legal validity to those statements, it would be necessary to call for the extraterritorial application of the Convention, so that the actions and interventions by Spanish transnational companies can be controlled.

KEYWORDS: Convention n. 169; indigenous peoples; rights; transnational companies; jurisdiction.

