

“Hacia la determinación de una responsabilidad empresarial de respeto por los derechos humanos”

Claudio Renato Abel Sotelo Torres

Tutor

Profesor Dr. D. Ignacio Campoy Cervera

Madrid, 31 de mayo de 2017

Palabras clave: derechos humanos, responsabilidades empresariales, desarrollo sostenible, poder privado, eficacia horizontal, globalización, compromisos morales.

Resumen: Este trabajo expone las razones que respaldan la existencia de una responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos: la persona como fin en sí misma y límite al desarrollo, la idea de sostenibilidad, los derechos humanos como límites al poder privado y la eficacia horizontal de los derechos. Por otro lado, analiza los problemas que han restado eficacia a los derechos humanos en la actividad empresarial entre los que se encuentran: la desvinculación entre poder y responsabilidad (refiriendo el caso específico de las industrias extractivas que operan en los territorios indígenas y sus proximidades), la transformación de la idea de Derecho en el contexto de la globalización y la alternativa de la, cada vez más extendida, Responsabilidad Social Corporativa.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

*A la memoria de Martín Sotelo y Pepe Torres,
por legarme la palabra. Aunque mi gratitud
hacia José Sotelo, Ada Monggó, Jesús Flores,
Máximo Gonzáles y Ernesto León también es
infinita.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS	12
1.1 EL PUNTO DE PARTIDA: LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA. DEBERES, OBLIGACIÓN Y RESPONSABILIDAD	12
1.2 RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL Y MODELOS DE DESARROLLO HUMANO	20
1.2.1 Límite al desarrollo: la persona como fin	26
1.2.2 Derechos humanos y desarrollo sostenible	29
1.3 LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES AL PODER PRIVADO	34
1.4 LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	41
1.5 CONSIDERACIONES FINALES DEL PRIMER CAPÍTULO	48
CAPÍTULO II: PROBLEMAS RELATIVOS A LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL	51
2.1 CONSIDERACIONES SOBRE EL IMPACTO DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS EN LOS TERRITORIOS INDÍGENAS Y SUS PROXIMIDADES	51
2.2 EL DERECHO FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA	60
2.2.1 El impacto del mercado en la creación normativa	68
2.2.2 <i>Lex Mercatoria</i> y legitimación democrática	75
2.3 DERECHOS HUMANOS, COMPROMISOS MORALES Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA	80
2.3.1 Aproximación al contenido de Responsabilidad Social Corporativa	82
2.3.2 Iniciativas de Responsabilidad Social Corporativa relevantes en materia de derechos humanos	86

2.3.3 Breves apuntes críticos	91
2.4 CONSIDERACIONES FINALES DEL SEGUNDO CAPÍTULO	95
CONCLUSIONES FINALES	100
BIBLIOGRAFÍA	103
A. Libros.....	103
B. Artículos	106
C. Otros documentos	113

INTRODUCCIÓN

– ¡Tírense al suelo! ¡Tírense al suelo!

Ya los de las primeras líneas lo habían hecho, barridos por las ráfagas de metralla. Los sobrevivientes, en vez de tirarse al suelo, trataron de volver a la plazoleta, y el pánico dio entonces un coletazo de dragón, y los mandó en una oleada compacta contra la otra oleada compacta que se movía en sentido contrario, despedida por el otro coletazo de dragón de la calle opuesta, donde también las ametralladoras disparaban sin tregua. Estaban acorralados, girando en un torbellino gigantesco que poco a poco se reducía a su epicentro porque sus bordes iban siendo sistemáticamente recortados en redondo, como pelando una cebolla, por las tijeras insaciables y metódicas de la metralla. El niño vio una mujer arrodillada, con los brazos en cruz, en un espacio limpio, misteriosamente vedado a la estampida. Allí lo puso José Arcadio Segundo, en el instante de derrumbarse con la cara bañada en sangre, antes de que el tropel colosal arrasara con el espacio vacío, con la mujer arrodillada, con la luz del alto cielo de sequía, y con el puto mundo donde Úrsula Iguarán había vendido tantos animalitos de caramelo¹.

Gabriel García Márquez recuperará en su inmortal “Cien Años de Soledad” la masacre perpetrada por *United Fruit Company* en su natal Aracataca, donde dicha bananera operó a partir de la primera década del siglo XX. Ciertos recuerdos de su niñez y algunos testimonios de los supervivientes se entremezclan para componer un relato ficticio que guarda en sus entrañas sendos sorbos de realidad². Años antes, Juan Rulfo y su “Pedro Páramo” conjugaron realidad y ficción, engendrando una especie de sincretismo narrativo llamado “realismo mágico”, que permitió a un número significativo de autores denunciar las tropelías del poder a través de la literatura. Como diría García Márquez en una entrevista concedida al periodista español Robert Saladrigas, frente a quienes argüían que a través de la fantasía los autores del denominado “Boom latinoamericano” encontraron ocasión de escapar de la realidad, “aquellos quienes partían de un realismo furibundo con el que creían

¹ GARCÍA, G., *Cien años de soledad*, Plaza & Janés Editores, Barcelona, 2001, pp. 365–366.

² Vid. GARCÍA, K., ENGEL, P. y ADOUE, S. B., “‘Cien años de soledad’ y la masacre de Aracataca”, en *Question*, volumen 1, número 9, 2006, pp. 1–10.

poder expresar mejor sus denuncias, no se daban cuenta de que el realismo les limitaba la perspectiva, y a través de él solo les era permitido reflejar una de las caras del problema, pero no todas o la mayor parte, que es lo que sus compañeros de generación pretendían con ese tipo de novela integradora”³.

Aunque García Márquez nos presenta una sucesión de escenas que despiertan desconcierto e incredulidad en el lector, ante la impavidez de muchos, la literatura del “realismo mágico” dirigió su tinta contra la impunidad y la repetición crónica de los crímenes. Según se sabe, la masacre de Aracataca fue el desenlace de una huelga convocada por los líderes sindicales del Municipio de la Ciénaga (Magdalena) contra los abusos cometidos por *United Fruit Company*, empresa que nunca garantizó las condiciones laborales mínimas a sus trabajadores, quienes, organizados en sindicatos, reivindicaron la afiliación a seguros laborales, indemnizaciones en caso de accidentes, descanso semanal pagado y otras elementales prestaciones⁴. Pero, en esta sucesión de hechos, la tinta no sirvió de antídoto contra la impunidad. Los responsables de la represión en la Ciénaga, personal militar y directivos de la empresa, nunca fueron identificados ni procesados por estos abominables hechos.

Por si fuera poco, en 2007, la multinacional exportadora de banano *Chiquita Brands* fue condenada por un tribunal norteamericano al pago de una multa de 25 millones de dólares luego de que la empresa admitiera que, entre 1997 y 2004, realizó más de 100 pagos correspondientes a 1,7 millones de dólares a paramilitares de Córdoba y Urabá⁵. No obstante, al día de hoy, la

³ SALADRIGAS, R., *Voces del “boom”*. Monólogos, Alfabia, Barcelona, 2011, pp. 20–21. Siguiendo esa línea, Juan Rulfo reconocerá sobre el “realismo mágico” lo siguiente: “No tengo nada que reprocharles a mis críticos. Era difícil aceptar una novela que se presentaba, con apariencia realista, como la historia de un cacique y, en verdad, es el relato de un pueblo: una aldea muerta, en donde todos están muertos, incluso el narrador, y sus calles y campos son recorridos únicamente por las ánimas y los ecos capaces de fluir sin límites en el tiempo y en el espacio”. Cfr. RULFO, J., “‘Pedro Páramo’, treinta años después”, en *Cuadernos Hispanoamericanos*, números 421 – 423, 1985, p. 6. También: KOFMAN, A., “Las fuentes del realismo mágico en la literatura latinoamericana”, en *La Colmena*, número 85, 2015, pp. 9–17.

⁴ Vid. GARCÍA, K., ENGEL, P. y ADOUE, S. B., óp. cit.; CONNOR, L. F., “Entre la verdad y la realidad: Lo ‘real-maravilloso’ de la masacre bananera en Cien años de soledad”, en *Divergencias. Revista de estudios lingüísticos y literarios*, volumen 7, número 2, 2009, pp. 34–42.

⁵ Cfr. AGENCIA EFE, “*Chiquita Brands* pagará 25 millones de multa por financiar a los ‘paras’”, en *Diario El País* (Edición electrónica: 18 de septiembre de 2007), disponible en: <https://goo.gl/XWU8dx> (Consulta: 10 de mayo de 2017)

inacción de las autoridades colombianas ha evitado que se conozca la identidad de los responsables de tales hechos. Pareciera que el José Arcadio Segundo de “Cien años de soledad” aún pasea su existencia por los solares de Macondo buscando justicia y sanción para los responsables de la sanguinolenta ofensiva promovida contra los trabajadores del banano de una y otra época.

Estas ausencias institucionales no son un hecho aislado en Colombia ni en el resto del mundo, tampoco son *rara avis* en épocas recientes ni en aquellas más antiguas. En 1946, por ejemplo, un tribunal militar británico condenó, por complicidad en crímenes contra la humanidad, a dos directivos de la empresa que suministró Zyklon B a los nazis para sus cámaras de gas⁶. En aquel entonces, los juzgadores soslayaron la responsabilidad penal de la compañía alemana *Testa* en la denominada “solución final” bajo el principio *Societas delinquere non potest*, aunque reconocieron que la persona moral aportó en el nivel operativo los insumos que fueron esenciales para el exterminio de prisioneros en los campos de concentración. Previamente, en 1720, el Reino Unido de Gran Bretaña dictó la denominada *Bubble Act*, ley que prohibió durante algunos años la creación de sociedades mercantiles, como consecuencia del fraude masivo realizado por la *South Sea Company*, cuyos directivos convencieron a numerosos inversores de que potencias coloniales como España le concederían sin inconvenientes el monopolio del comercio de esclavos con Sudamérica, lo que ciertamente no ocurrió.

Este itinerario retrata una sucesión de injusticias que debe ser contenida. Al respecto, los Estados y organismos internacionales ensayan respuestas para la situación descrita, formulando iniciativas de diverso carácter, precisamente con el propósito de brindar una solución a estos luctuosos episodios y con ello poner fin a crímenes atroces que parecen arrancados de la ficción. Esa es la razón principal que motiva el interés por las cuestiones que aquí se abordan.

⁶ Juicio de Bruno Tesch y otros (Caso Zyklon B). Vid. CASSEL, D., “Empresas multinacionales y complicidad en violaciones de los derechos humanos: confusión judicial estadounidense”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, número 63, 2009, pp. 255-281.

Colombia, a donde llegué en julio del año pasado gracias a una ayuda de movilidad proporcionada por el Vicerrectorado de Relaciones Internacionales y Cooperación⁷, ha implementado un Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Empresas que surge de “la necesidad de armonizar la protección de los derechos humanos con el desarrollo económico de actividades que el Estado colombiano promueve”⁸. Con ello, este país busca que hechos como los de la Masacre de Aracataca o el financiamiento de grupos armados ilegales a cargo de empresas como *Chiquita Brands*, no se repitan. De tal forma, el Estado colombiano inaugura en América Latina un camino que apuesta por la elaboración de políticas públicas inspiradas en los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos” de las Naciones Unidas, aunque son muchos los desafíos que tienen ante sí los Estados que han encaminado sus esfuerzos en la búsqueda de soluciones a la creciente cifra de violaciones a derechos humanos cometidas por empresas.

Dicho lo anterior, la presente investigación se refiere a los desafíos que se presentan en la relación entre actividad empresarial y derechos humanos. Como revelan los casos narrados anteriormente, la actividad empresarial, como particular ejercicio colectivo de la conducta humana, puede, en ciertos contextos, generar impactos negativos sobre los derechos humanos. La profesora Hilda Garrido dirá al respecto:

Las actividades de una empresa, somos conscientes ahora, impactan sobre la sociedad en general. Sobre todo si se trata de una empresa grande o si tiene carácter transnacional. Ésta es la razón fundamental por la que la actuación de las empresas se ha convertido en una preocupación para la sociedad y se les exige, cada vez con más convencimiento, un comportamiento responsable y ético, pero sobre todo respetuoso con los derechos humanos⁹.

⁷ Agradezco la orientación y el respaldo brindados por los profesores Ignacio Campoy Cervera, Carlos Lema Añón y Francisco Javier Ansuátegui Roig, quienes, desde el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, apoyaron mi propuesta de realizar una estancia de investigación en dicho país.

⁸ COLOMBIA, Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas, p. 6, disponible en: <https://goo.gl/cNKhh9> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

⁹ GARRIDO, H., “La empresa: actor internacional de relevancia para la protección de los derechos humanos”, en GÓMEZ, F., ENCISO, M., y EMALDI, A., (Editores), *Globalización y Derecho: desafíos y tendencias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 1–2.

En cuanto a la metodología, esta investigación ha tomado en consideración algunos trabajos monográficos, casos emblemáticos decididos por altas cortes y hechos noticiosos con el objetivo de profundizar en los efectos de la actividad empresarial sobre los derechos humanos, no solo desde una perspectiva teórica sino también práctica. Por otro lado, como podrá verse, se trata de una reflexión sobre algunos de los desafíos que hoy tienen ante sí el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional. En ese sentido, aunque este trabajo haga referencia a algunos estudios interdisciplinarios o llevados a cabo en el ámbito de la sociología jurídica y la economía, por ejemplo, renuncia anticipadamente a toda pretensión de carácter investigativo en dichos campos de estudio.

Por otro lado, esta investigación tiene los siguientes objetivos: 1) Exponer las razones que respaldan la asunción de deberes en materia de derechos humanos por parte de las empresas y cómo la globalización constituye un factor decisivo en esta formulación¹⁰; 2) Establecer las bases para la discusión sobre cuáles son los mecanismos más idóneos para hacer frente a las empresas cuyo poder, en palabras de López–Francos, pueden afectar negativamente el entorno y la realidad en que desarrollan su actividad¹¹; y, finalmente, 3) Poner en entredicho la justificación de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos únicamente a partir de iniciativas como los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos” de las Naciones Unidas u otras de naturaleza voluntaria.

Teniendo en cuenta lo anterior este trabajo se dividirá en dos capítulos. Un primer capítulo donde se expondrán las razones que respaldan la existencia de una responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos: la persona como fin en sí misma y límite al desarrollo, la idea de sostenibilidad, los derechos humanos como límites al poder privado y la eficacia horizontal de los derechos o *Drittwirkung der Grundrechte*.

¹⁰ Tony Judt dirá: “el pequeño crac de 2008 fue un recordatorio de que el capitalismo no regulado es el peor enemigo de sí mismo: más pronto o más tarde está abocado a ser presa de sus propios excesos y a volver a acudir al Estado para que lo rescate. Pero si todo lo que hacemos es recoger los pedazos y seguir como antes, nos aguardan crisis mayores durante los años venideros”. Cfr. JUDT, T., *Algo va mal*, Taurus, Madrid, 2010, p. 18.

¹¹ Cfr. LÓPEZ–FRANCOS, A. *Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial*, Instituto Berg – Berg Oceana Aufklärung, Madrid, 2015, p. 35.

Por otro lado, un segundo capítulo donde se abordarán aquellos problemas que han restado eficacia a los derechos humanos en la actividad empresarial entre los que se encuentran: la desvinculación entre poder y responsabilidad (refiriendo el caso específico de las industrias extractivas que operan en los territorios indígenas y sus proximidades), la transformación de la idea de Derecho en el contexto de la globalización económica y la alternativa de la, cada vez más extendida, Responsabilidad Social Corporativa.

Esta investigación concibe que la actividad empresarial no encuentra en los derechos humanos su cauce, pues esta es esencialmente lucrativa, pero sí el límite a sus operaciones. Además, realiza una propuesta que desde la aclaración terminológica desafía muchos de los enfoques que han empezado a ser un lugar común al momento de abordar la relación entre empresas y derechos humanos. Como se sostiene a lo largo del trabajo, aunque las iniciativas de naturaleza voluntaria a nivel internacional tienen un incuestionable valor instrumental, estas deben compatibilizarse con el constitucionalismo de la democracia y de los derechos humanos. Como señala Marisa Iglesias Vila, la justicia global no tiene que reducirse únicamente al desarrollo de herramientas de Derecho Internacional¹².

Es posible que las restricciones de tiempo y espacio, además de mis habilidades como investigador, limiten la posibilidad de revisar exhaustivamente todas las dimensiones de los temas en debate. Sin embargo, este trabajo es una aproximación preliminar a un proyecto de investigación más amplio referido al impacto de las industrias extractivas en territorios indígenas o en proximidad a estos.

¹² Cfr. IGLESIAS, M., "Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 9, 2005, p. 41.

CAPÍTULO I: RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

“El mercado es un mecanismo que crea, simultáneamente, zonas de abundancia y de pobreza. Con la misma indiferencia reparte bienes de consumo y la miseria. [...] Necesitamos encontrar métodos que humanicen al mercado; de lo contrario, nos devorará y devorará al planeta”¹³.

Octavio Paz

1.1 EL PUNTO DE PARTIDA: LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA. DEBERES, OBLIGACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Los "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos" de las Naciones Unidas (en adelante, "Principios Rectores") ¹⁴, preceptos de *soft law* que reconocen un piso mínimo a nivel global de lo justo exigible a los Estados y a las empresas debido al impacto de estas en los derechos humanos, incorporan entre sus tres pilares: i) el “deber del Estado de proteger los derechos humanos”, que supone que los Estados deben implementar medidas de prevención, investigación, sanción y reparación de toda violación a los derechos humanos mediante políticas públicas adecuadas, disposiciones legales y jueces que hagan efectiva su aplicación¹⁵; ii) la “responsabilidad de

¹³ PAZ, O., *Sueño en libertad. Escritos políticos*, Editorial Seix Barral, Barcelona, 2001, pp. 50–51.

¹⁴ Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011)

¹⁵ En el informe de 2008, donde presentó el denominado “marco Ruggie”, se indicaba: “la naturaleza general del deber de proteger la entienden bien los expertos en derechos humanos, tanto en el seno de los gobiernos como fuera de ellos. Lo que parece menos internalizado es la serie diversa de ámbitos políticos en los que los Estados pueden desempeñar ese deber con respecto a las actividades empresariales, en particular la manera de fomentar una cultura empresarial que respete los derechos humanos en casa y en el extranjero. Esto debería considerarse una prioridad política y urgente para los gobiernos”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos”, Informe del Representante Especial del Secretario

las empresas de respetar los derechos humanos, que refiere el manejo diligente que toda empresa debe desempeñar para evitar cualquier infracción de los derechos humanos o, en caso contrario, hacer frente a las consecuencias de las violaciones en las que estuviere implicada; y, iii) el “acceso a mecanismos de reparación”, que enfatiza la necesidad de que las víctimas puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces, ya sean judiciales o no judiciales¹⁶.

Los “Principios Rectores” consolidan un conjunto de pautas cuya vigencia es anterior al trabajo realizado por el representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas. Para ser más específicos, los “Principios Rectores” se basan en el reconocimiento de: “a) las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) el papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; y c) la necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento”¹⁷.

General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), párr. 27. Sobre el particular, John Ruggie señala cuatro ámbitos políticos centrados principalmente en medidas preventivas de carácter general: (i) en el caso de tratados bilaterales de inversión, estos no pueden tener un efecto paralizante sobre la predisposición de un gobierno receptor a adoptar normativas más adecuadas para los mejores intereses de su población; (ii) el derecho mercantil y la reglamentación del mercado de valores, en particular los requisitos de incorporación y cotización, los deberes de los directores, los requisitos de información y las políticas relacionadas, deben clarificar sus implicaciones sobre los derechos humanos; (iii) implementar políticas para asesorar a las empresas sobre cómo evitar verse implicadas en casos de violaciones de los derechos humanos en sus actividades en zonas de conflicto, ya sea por el dominio del territorio, de los recursos o del mismo gobierno; y, (iv) evitar las discrepancias institucionales que reflejen intereses y prioridades diferentes, en muchos países las políticas de derechos humanos se dirigen principalmente desde los ministerios de asuntos exteriores, mientras que las políticas para los organismos financieros internacionales se dirigen desde los ministerios de economía. Cfr. RUGGIE, J. *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*, Icaria Editorial, Barcelona, 2014, pp. 39–40.

¹⁶ *Ibidem*, p. 142.

¹⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, *óp. cit.*, p. 7. Siguiendo lo expresado por John Ruggie, el diseño de los principios rectores tomó como base ciertas normas legales y consuetudinarias que revelan el modo en que los Estados abordan la relación entre empresas y derechos humanos en la actualidad. Esto quiere decir que los principios rectores no son el producto de una creación espontánea o antojadiza, sino que su diseño tomó en cuenta diferentes experiencias existentes a nivel global. Al respecto, daré un ejemplo sobre la “responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos”; específicamente la responsabilidad de las

Aunque, son una iniciativa ampliamente extendida por su relevancia teórica y práctica, los “Principios Rectores” utilizan ciertos términos que, de no esclarecer su significado, podrían generar confusión. Por ejemplo, cuando enumeran las exigencias al Estado, los referidos principios utilizan el término “deber” (Deber del Estado de proteger los Derechos Humanos). En cambio, al referirse a los mandatos que vinculan a las empresas, el mencionado documento emplea el vocablo “responsabilidad” (Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos). En ningún caso se esclarece el porqué del manejo diferenciado de las expresiones “deber” y “responsabilidad”, ni se ahonda en desentrañar el alcance de ambos conceptos. Por ende, es necesario realizar una digresión conceptual con el objetivo de esbozar algunas breves consideraciones sobre estos vocablos que, eventualmente, podrían conservar una relación de identidad pero que, siendo rigurosos, tienen un significado divergente en nuestra investigación.

Partiendo de esta necesidad, Javier Díaz Revorio afirma que “el deber en sentido estricto es expresión de intereses objetivados por una norma (y deriva directamente de esta) al margen de una concreta relación jurídica”¹⁸. En este esquema, el referido académico llama la atención sobre la distinción entre “deber” y “obligación”, donde esta última viene aparejada de un derecho subjetivo de la otra parte, oponible frente al sujeto obligado. En ese orden de ideas, Cristina Fuertes–Planas dirá, acerca de la posible diferenciación entre deber y obligación, que:

El deber se establece en sentido genérico como una carga que recae en la comunidad en general, en personas indeterminadas, quienes tienen que respetar el ejercicio de los derechos, evitando cualquier molestia o perturbación que pueda alterar el ejercicio normal de los derechos

empresas de “abstenerse de infringir” los derechos humanos (Principios Rectores 11 y 12), lo que quiere decir la exigencia de operar dentro de los márgenes que la ley impone. En ese sentido, si una empresa minera contamina con residuos tóxicos la propiedad de las comunidades aledañas a un proyecto extractivo, de manera tal que la población debe reubicarse forzosamente por miedo a los efectos de la intoxicación, no solo habrá transgredido la “responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos”, sino también los derechos a la salud y a una vivienda digna y adecuada, consagrados en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin perjuicio de otros derechos reconocidos en tratados internacionales.

¹⁸ DÍAZ, F. J., “Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución de 1978”, en *Pensamiento Constitucional*, año XVI, número 16, 2012, pp. 61–62.

subjetivos. [...] Para que surja una obligación resulta necesaria la existencia de una relación jurídica, lo que implica un vínculo jurídico (a través de una norma) entre un sujeto y el ordenamiento jurídico. Ese vínculo nace de la realización de un hecho jurídico o de un acto jurídico. [...] Los deberes se insertan en el ámbito del Derecho público, mientras que las obligaciones son propias del Derecho privado. La noción de responsabilidad jurídica aparece en el Derecho Privado como obligación; y en el Derecho Público como deber¹⁹.

En contraste, Rafael de Asís sostiene que la distinción entre “deber” y “obligación” radica en la connotación exclusivamente moral que ostenta el primero de estos términos, es decir, por deber se concibe a una compulsión asumida voluntariamente por una persona o un conjunto de personas que motiva una acción o una abstención. Se trata, entonces, de algo que es debido por su valor intrínseco, con prescindencia de su juridicidad. En cambio, la existencia de una “obligación”, está amparada por una norma institucional caracterizada esencialmente por la heteronomía y reforzada por la coacción. Así, la esencia de una obligación necesariamente hará referencia a una norma jurídica que la impone²⁰.

Exploraremos un poco más la idea de “deber”, pues para autores como José María Rodríguez, existe una diferencia entre “deber jurídico” y “deber moral”. En ese orden de ideas, el citado autor considera que el “deber moral” dirige sus mandatos “al individuo como tal”²¹, mientras que el “deber jurídico” se los dirige “en cuanto miembro de la colectividad, en cuanto responsable de un orden que ha de ser observado y mantenido en la colaboración social”²². Por eso, el “deber jurídico” no necesita “ser reconocido por cada persona en particular, sino que se apoya en una instancia objetiva, en la realidad de un

¹⁹ FUERTES-PLANAS, C., “Deberes y responsabilidades del hombre”, en SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. y HOYO, I. A. (Editores), *Modalidades de responsabilidad jurídica: deber y obligación*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 64–66. Por otro lado, sobre la fundamentación de los deberes jurídicos: Vid. GARZÓN, E., “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa*, número 3, 1986.

²⁰ Cfr. ASÍS, R. de, *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 64–86 y 127–135.

²¹ RODRÍGUEZ, J. M., “El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho”, en RODRÍGUEZ, J. M., *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 81.

²² Ídem.

orden objetivo de valores”²³. Consecuentemente, Rodríguez reconoce que, desde el punto de vista del Derecho, lo que hay que desear es la coincidencia máxima entre “deber jurídico” y “deber moral”, ya que:

Cuanto más repose el cumplimiento del Derecho en la convicción, y no en la coacción, más perfecto será ese cumplimiento; y, aun cuando no siempre tenga que coincidir la convicción del deber jurídico con la convicción del deber moral, no cabe duda que esta última, por ser íntima, personal, afectar al fondo de la persona individual, es la que compromete de una manera más plena, y, por lo tanto, también la que produce mejores y más completos resultados²⁴.

De manera análoga, Gregorio Peces-Barba dirá que “el deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trate haya tenido previamente o no una dimensión moral”²⁵. Por consiguiente:

Sólo el deber jurídico será plenamente relevante para el Derecho, igual que el derecho subjetivo, la libertad, la potestad o la inmunidad, con independencia de la influencia o de la presión que pueden producir aquellas dimensiones morales que engendran obligaciones a ese nivel, y de la posibilidad de que se conviertan en obligaciones jurídicas²⁶.

Indiscutiblemente, frente a las posturas sobre la distinción posible entre “deber” y “obligación”, debe efectuarse un ejercicio de síntesis que resuelva la divergencia conceptual y la polisemia de ambos términos, estableciendo una relación de complementariedad entre las perspectivas que existen en la doctrina. Planteo entonces como hipótesis de este apartado diferenciar entre “deber en sentido amplio o deber moral” y “deber en sentido estricto o deber jurídico”.

En ese sentido, siguiendo a Rafael de Asís, se entenderá por “deber en sentido amplio” aquella compulsión de naturaleza moral asumida de manera voluntaria por una persona que motiva una acción o una abstención. Por tanto, el “deber en sentido amplio” presupone algo que es debido por su valor

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

²⁵ PECES-BARBA, G., “Los deberes fundamentales”, en *Doxa*, número 4, 1987, p. 335.

²⁶ Ídem.

intrínseco, con prescindencia de su juridicidad. En cambio, el “deber en sentido estricto” o “deber jurídico”, tomando en cuenta la postura de Díaz Revorio, es la expresión de intereses objetivados por una norma y que deriva directamente de ésta, al margen de una concreta relación jurídica. En todos los casos, el destinatario de un deber jurídico es un sujeto que, ante el incumplimiento de dicho deber, debe responder por esta transgresión. Precisamente, frente a un deber jurídico “existe una potestad cuyo ejercicio permitirá garantizar su cumplimiento”²⁷.

Acorde con lo dicho, el empleo del término “deber” (Deber del Estado de proteger los Derechos Humanos) en los “Principios Rectores” se refiere al “deber jurídico” (deber en sentido estricto), pues cualquier posición que tenga por objeto restar efectividad a la naturaleza imperativa de los derechos humanos resultaría contradictoria con éstos. Por ejemplo, para Wesley N. Hohfeld, el concepto de “deber” y de “derecho” son correlativos. En ese sentido, el citado académico dirá que “cuando se invade un derecho, se viola un deber”²⁸. A su vez, Cristina Fuertes–Planas señala lo siguiente:

Los deberes jurídicos están constituidos por comportamientos exigidos por las normas jurídicas que imponen cargas a los sujetos de derecho, con la finalidad de que realicen conductas positivas (dar o hacer) o conductas negativas (no hacer), a favor de otros que tienen la potestad de exigirlos. Los deberes jurídicos restringen la libertad jurídica en cuanto imponen obligaciones. Cada persona tiene que comportarse de acuerdo con las exigencias que derivan de la existencia de derechos subjetivos, que constituyen deberes jurídicos. El deber jurídico es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa²⁹.

En un segundo momento, en relación al término “responsabilidad” (Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos), John Ruggie, quien fuera Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras

²⁷ DÍAZ, F. J., *óp. cit.*, p. 62.

²⁸ Cfr. HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Ciudad de México, Fontamara, 2001, pp. 49–50.

²⁹ Cfr. FUERTES–PLANAS, C., *óp. cit.*, pp. 67–68.

empresas comerciales, sostiene que éste permite englobar los sistemas externo e interno de gobernanza que, a su juicio, supeditan la actividad empresarial al respeto por los derechos humanos³⁰. De manera que, para proteger a las personas y comunidades contra los daños ocasionados por la actividad empresarial, es preciso movilizar en simultáneo ambos sistemas de gobernanza y hacer que avancen en la misma dirección³¹. Según Ruggie, los sistemas de gobernanza externa incluyen los siguientes aspectos³²:

- Sistema del derecho público y de la autoridad, que funciona en dos niveles: i) país de origen y, de ser el caso, país de acogida, y ii) la esfera internacional en la que los Estados y otras instituciones actúan colectivamente.
- Sistema civil o social que no está basado en el Estado y se fundamenta en las relaciones entre las empresas y las partes interesadas externas (actos permisibles y actos no permisibles). Este sistema plasma las expectativas sociales sobre la conducta empresarial.

Por otro lado, en cuanto a los sistemas de gobernanza interna, de acuerdo con Ruggie éstos están definidos por las siguientes esferas³³:

- Visión estratégica, diseño institucional y sistemas de gestión integrados que una empresa necesita para funcionar, incluida la gestión de riesgos.
- En el caso de las empresas transnacionales, las distintas personalidades jurídicas de la empresa matriz y las filiales, en función de las cuales separan sus activos y limitan sus responsabilidades.

Acorde con esta enumeración, según el caso, los sistemas de gobernanza empresarial pueden establecer deberes morales, deberes jurídicos u obligaciones. Como se ha dicho antes, en relación al Sistema de Gobernanza

³⁰ Cfr. RUGGIE, J. *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*, óp. cit., pp. 39–40 y 132–133.

³¹ Cfr. ABBOTT, K. W. y SNIDAL, D., “Strengthening International Regulation through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, volumen 42, 2009, pp. 501–578. En el mismo sentido: Vid. RUGGIE, J., “Reconstituting the Global Public Domain: Issues, Actors, and Processes”, en *European Journal of International Relations*, volumen 10, 2004, pp. 499–531.

³² Cfr. RUGGIE, J. *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*, óp. cit., pp. 39–40 y 132–133.

³³ Ídem.

civil o social, la empresa puede contraer voluntariamente ciertas responsabilidades adicionales a las normas legales que la vinculan, como “la protección de determinados derechos por motivos filantrópicos, para mejorar su reputación o para dar lugar a nuevas oportunidades de negocio”³⁴. De manera puntual, me refiero a iniciativas como la “Responsabilidad Social Corporativa”. Así, las empresas pueden priorizar inversiones de carácter social “para conseguir o mantener el apoyo de las comunidades cercanas a sus actividades”³⁵ o en la consecución de aquello que se ha denominado “licencia social”. Precisamente, para la Organización de las Naciones Unidas, la responsabilidad de obtener la licencia social para operar va más allá del respeto por los derechos humanos, pues se refiere a ciertas acciones que las empresas realizan voluntariamente³⁶.

Entonces, teniendo en cuenta la naturaleza diversa de los sistemas de gobernanza empresarial, una iniciativa como la de los “Principios Rectores” no debería otorgar a la “Responsabilidad de respetar los derechos humanos” un significado puramente moral y voluntario. Por el contrario, la idea de derechos humanos implica un conjunto de deberes esencialmente jurídicos cuya observancia es obligatoria³⁷. Dicho lo anterior, aunque este vocablo agrupa un conjunto de preceptos de naturaleza heterogénea, los “Principios Rectores” han incluido solo aquellos preceptos caracterizados por la heteronomía y reforzados por la coacción, esto es deberes jurídicos que podrían en ciertos casos tener como fuentes la Constitución de un país determinado o un tratado internacional³⁸ pues, como se dijo previamente, los “Principios Rectores sobre

³⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación, Documento HR/PUB/12/2, ONU, New York, 2012, p. 17.

³⁵ Ídem.

³⁶ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación, óp. cit., pp. 17–18.

³⁷ Para una fundamentación de los deberes, en torno a la reflexión sobre la idea de “justicia global”: Vid. IGLESIAS, M., “Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 9, 2005, pp. 41–70; POGGE, T., “Priorities of Global Justice”, en *Metaphilosophy*, volumen 32, número 1/2, 2011, pp. 6–24.

³⁸ Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, tomando en consideración la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales – CDESC y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, ha ordenado a la empresa “Carbones del Cerrejón Limited” asegurar un mínimo de acceso, disponibilidad y calidad de agua potable para los miembros de las comunidades afrodescendientes de Patilla y Chancleta en La Guajira. En ese sentido, la citada Corporación ha recordado que toda empresa

las empresas y los derechos humanos” no han incorporado nuevas obligaciones jurídicas, diferentes de las que existen actualmente en el Derecho nacional o internacional.

En lo que sigue, reflexionaremos en torno a la asunción de estas responsabilidades en materia de Derechos Humanos por parte de las empresas, específicamente en las cuestiones que justifican la adscripción de exigencias jurídicas en la esfera industrial pues, como advierte María del Carmen Barranco, el modelo liberal o “moderno” admite “fácilmente la titularidad de derechos por parte de las empresas³⁹”, pero al mismo tiempo “los presupuestos de este modelo impiden justificar la atribución de deberes y obligaciones”⁴⁰, concretamente en materia de derechos humanos. Para la referida académica, esta situación “ha provocado que las corporaciones transnacionales se apoderen del discurso de los derechos humanos para reforzar su posición de poder”⁴¹.

1.2 RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL Y MODELOS DE DESARROLLO HUMANO

Como ha dicho Francisco Javier Ansuátegui, las exigencias éticas que inciden en las esferas de la acción humana alcanzan directamente a la empresa porque ésta de modo indubitable guarda una estrecha relación con el desarrollo humano⁴². Pues bien, esta referencia a la idea de desarrollo merecería ser analizada, en primer lugar, debido a las diferentes acepciones que engloba dicho término y, en segundo orden, dadas las diversas concepciones que intentan justificarlo que, en ciertos casos, son radicalmente opuestas.

En clave de derechos, Amartya Sen concibe el desarrollo “como un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutan los

extractiva tiene la obligación de respetar el acceso a las fuentes tradicionales de agua en las zonas rurales frente a toda injerencia ilícita y contaminación. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-256/15, M. P.: Martha Victoria Sánchez Méndez, párrs. 181 y sgtes.

³⁹ BARRANCO, M. C., “Vulnerabilidad, derechos humanos y empresas”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 34, 2016, p. 11.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ BARRANCO, M. C., “Vulnerabilidad, derechos humanos y empresas”, óp. cit., p. 13.

⁴² Cfr. ANSUÁTEGUI, F. J., “Derechos humanos y empresa en el contexto de la internacionalización”, en *Políticas Públicas*, volumen 5, número 1, 2012, p. 4.

individuos”⁴³. Por lo tanto, Amartya Sen no solo comprende a la libertad como un fin sino como un medio primordial para lograr el desarrollo⁴⁴. De este modo, existe un conjunto de libertades instrumentales que contribuyen a la capacidad que tienen los individuos para vivir autónomamente y permiten la garantía plena de los derechos humanos en su enumeración más amplia⁴⁵. Sen reconoce la existencia de elementos que posibilitan el desarrollo y el crecimiento económico más allá del derecho a realizar transacciones económicas, lo que implica que el Estado no solo debe enfocarse en elevar la renta privada, sino también en financiar otros aspectos como la seguridad social y la participación pública activa⁴⁶. Por tanto, para el referido autor, el desarrollo humano no debe ser comprendido como un objetivo cuya búsqueda le atañe únicamente a los países más ricos sino que, por el contrario, será imprescindible que todas las manifestaciones de libertad enumeradas anteriormente sean consideradas en todo momento por todos los países, ricos y pobres⁴⁷.

Este planteamiento sugiere que las transacciones económicas en general, y la actividad empresarial en particular, no deben sacralizarse excesivamente debido a las rentas que generan y, por consiguiente, a su obvia implicación con la idea de desarrollo económico. En palabras de Amartya Sen, “la libertad se puede valorar no solo porque ayuda a obtener cosas, sino también por su propia importancia”⁴⁸, que va más allá del lucro que se logra realmente. Esta idea de desarrollo humano eleva al mismo rango tanto el desarrollo económico como la capacidad de las personas para vivir libremente, lo que implica que la actividad empresarial no puede, ni debe, ser inmune a los deberes en materia

⁴³ SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000, p. 55.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ En ese sentido, en relación a las libertades instrumentales, el citado académico hará referencia a: i) las “libertades políticas” (derechos de participación política y de libre expresión); ii) los “servicios económicos”, que hace referencia a “la oportunidad de los individuos de utilizar los recursos económicos para consumir, producir o realizar intercambios”; iii) las “oportunidades sociales” relacionadas a la garantía de los derechos sociales, culturales y ambientales; iv) las “garantías de transparencia y confianza” que previenen, por ejemplo, “la corrupción o la irresponsabilidad de las grandes empresas financieras”; y, finalmente, v) la denominada “seguridad protectora”, que comprende mecanismos institucionales permanentes como las prestaciones por desempleo y otras ayudas económicas. Todas estas consideraciones deben ser tomadas en cuenta al momento de juzgar el crecimiento económico. Cfr. SEN, A., *Desarrollo y libertad*, óp. cit., pp. 57–59.

⁴⁶ Cfr. SEN, A., *Desarrollo y libertad*, óp. cit., p. 60.

⁴⁷ Ibídem, pp. 60–61.

⁴⁸ Cfr. SEN, A., *Sobre ética y economía*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 77.

derechos humanos debido a una imprecisa idea de desarrollo que sugiere que éste debe gestionarse a pesar de los perjuicios que puede ocasionar.

Esta postura contrasta con las de otros académicos que insisten en la intangibilidad de la actividad empresarial por su estrecha relación con la idea de prosperidad y desarrollo económico. Para Friedrich A. Hayek, el afán por poner el capital de los accionistas al servicio del “interés público” es peligroso, pues amplía las competencias de la dirección empresarial a temas como la cultura, la política y la moral en los que la empresa no tiene experiencia ni destreza comprobadas⁴⁹. Más aun, para el economista de la denominada “Escuela Austriaca de Economía”, el efecto resultaría altamente pernicioso por el alto grado de indefinición que tiene la idea de “interés público”, lo que conllevaría, peligrosamente, a la aparición del Estado como intérprete y guardián de esta noción⁵⁰.

Por su parte, Milton Friedman considera que existe una sola responsabilidad para la empresa: “utilizar sus recursos y comprometerse en actividades diseñadas para incrementar sus beneficios en la medida en que permanezca dentro de las reglas del juego”⁵¹. De este modo, reconoce que una empresa deberá “ganar tanto dinero como sea posible” siempre que ello se ajuste a las normas básicas de la sociedad, “tanto las plasmadas en las leyes como en las costumbres éticas”⁵². Aunque Friedman reconoce que las normas éticas constituyen un límite a la actividad lucrativa de las empresas, lo cual vislumbraría un panorama alentador respecto de la protección de los derechos humanos, el sujeto ante el cual la empresa sería responsable es el *shareholder* o accionista, quien se erige como el centro de gravedad de la formulación⁵³.

⁴⁹ Cfr. HAYEK, F. A., “Chapter twenty-two: The Corporation in a Democratic Society: In Whose Interest Ought It To and Will It Be Run?”, en HAYEK, F. A., *Studies In Philosophy, Politics And Economics*, The University of Chicago Press, Chicago, 1967, pp. 300–312.

⁵⁰ Ídem. Estas posturas también están plasmadas en el libro “Camino de servidumbre. Textos y documentos”, especialmente en el capítulo VI titulado “La planificación y el estado de derecho”. Cfr. HAYEK, F. A., *Camino de servidumbre. Textos y documentos*, Unión Editorial, Madrid, 2008.

⁵¹ FRIEDMAN, M., “A Friedman doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits”, en *The New York Times Magazine*, 13 de septiembre de 1970. pp. 17 y 122–126.

⁵² Ídem.

⁵³ Adela Cortina disientirá de esta postura insistiendo en la importancia que tienen los grupos de interés o *stakeholders* para las empresas: Cfr. CORTINA, A., “La responsabilidad social corporativa y la ética empresarial”, en GALÁN, J. y SÁENZ DE MIERA, A. (Editores),

Dicho de otro modo, el accionista impregna la estructura empresarial con sus referentes morales, que no necesariamente guardan relación con un enfoque basado en derechos humanos, y la empresa actúa siguiendo este cauce fijado por el accionista previamente.

Al respecto, Peter Drucker advierte que tradicionalmente se ha concebido a la dirección de la empresa como una fiduciaria que no era responsable ante nadie. En esa línea, coincide con Friedman en que la primera responsabilidad de una empresa es obtener beneficios pues sin el rendimiento económico ésta no podría desempeñar ninguna otra responsabilidad. No obstante, reconoce de modo crítico lo siguiente:

El rendimiento económico no es la única responsabilidad de una empresa, como tampoco el rendimiento académico es la única responsabilidad de una escuela ni los resultados en atención sanitaria la única responsabilidad de un hospital. El poder debe equilibrarse siempre con la responsabilidad; de lo contrario es tiranía, pero además, sin responsabilidad el poder también degenera en falta de resultados.⁵⁴

Esta posición llevada a sus consecuencias lógicas supondría que el mercado es el mejor regulador social y que si se produce un sobredimensionamiento de la iniciativa fiscalizadora de éste, por un lado, se impediría la eficiencia empresarial y, por el otro, el propósito original de las empresas, esencialmente lucrativo, se vería perjudicado⁵⁵. Esta postura evidencia una concepción de libertad que tiene como premisa la racionalidad de un sujeto egoísta cuyo derecho a elegir debe ser respetado de manera incondicional⁵⁶. En este esquema, el “sujeto racional” siempre buscará alcanzar la consideración más óptima, valorando consideraciones basadas en la

Reflexiones sobre la responsabilidad social corporativa en el siglo XXI, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, p. 75.

⁵⁴ DRUCKER. P. F., *La Sociedad Poscapitalista*, Ediciones Apóstrofe, Barcelona, 1993, p. 106.

⁵⁵ Vid. BAUMOL, W. J. y BLACKMAN, S. A. B. (Editores), *Perfect markets and easy virtue: Business ethics and the invisible hand*, Blackwell Publishers, Cambridge, 1991.

⁵⁶ Esta concepción adolece de ciertas deficiencias que deben ser expuestas. Por ejemplo, Amartya Sen considera que el denominado “milagro japonés” fue posible gracias a la idea de deber, lealtad y buena voluntad que se hallaban en el vértice del éxito industrial de Japón. En ese sentido, el referido economista considera que “el egoísmo universal como realidad puede ser falso, pero el egoísmo universal como requisito de la racionalidad es evidentemente absurdo”. Cfr. SEN, A., *Sobre ética y economía*, óp. cit., pp. 33 y 36.

utilidad⁵⁷. A nuestro criterio, esto será posible únicamente en un mercado competitivo carente de externalidades negativas para los derechos humanos. Es decir, en un escenario donde, por ejemplo, una industria extractiva durante sus operaciones no provoque perjuicio ambiental o social alguno. Lo que comprueba lo insubsistente de este postulado o el mínimo conocimiento de la realidad⁵⁸.

A su vez, Amartya Sen advierte que el razonamiento egoísta que se postula “conduce al utilitarismo como principio moral y, con ello, una combinación de sus tres requisitos más elementales: i) bienestar basado en la utilidad; ii) ordenación mediante la suma total de las utilidades; y, iii) consecuencialismo, en el que cada elección se determinará en función del beneficio consiguiente”⁵⁹. Para este académico, tal situación resulta peligrosa, pues considera que en la tradición utilitarista “no se atribuye ninguna importancia intrínseca a la asistencia o al respeto de los derechos, que se juzgan por su capacidad para lograr buenas consecuencias, entre las que no aparece el respeto por los derechos”⁶⁰.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Sen considera que, incluso, la idea de “mercado competitivo” merece una reformulación, pues teóricamente “los éxitos y fracasos de los mercados competitivos se juzgan enteramente por los logros de bienestar individual, por ejemplo, en términos de optimalidad de Pareto medida en utilidades y no por lo que hacen para fomentar la libertad individual”. Cfr. SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 123.

⁵⁹ SEN, A., *Sobre ética y economía*, óp. cit., pp. 56–57.

⁶⁰ Ibídem, p. 66. En esa línea, Michael Sandel precisa que la objeción más relevante al utilitarismo es la que se pregunta por qué debemos maximizar la satisfacción de ciertas preferencias sin tener en cuenta su valor moral. De este modo, considera que “cuando el razonamiento mercantil va más allá del dominio de los bienes materiales, tiene que tratar el asunto de la moralidad, a menos que se quiera maximizar la utilidad social de forma ciega, sin considerar el valor moral de las preferencias que satisface”. Así, el referido académico ahonda en su argumento refiriendo lo siguiente: “Si a unas personas les gusta la ópera y a otras las peleas de perros o las luchas en el barro, ¿hemos de abstenernos de juzgarlas y dar a ambas preferencias el mismo valor en el cálculo de utilidad? Si el razonamiento mercantil se ocupara solo de bienes materiales, como automóviles, tostadoras o televisores de pantalla plana, esta objeción no tendría mucho peso; sería entonces razonable pensar que el valor de los bienes es simplemente un asunto del consumidor y sus preferencias. Pero cuando el razonamiento mercantil se aplica a asuntos como el sexo, la procreación la crianza, la educación, la salud, las penas por delitos, la política de inmigración y la protección del medio ambiente, es menos convincente pensar que las preferencias de cada cual deban valorarse de la misma manera. En las discusiones morales, como lo es esta, unas maneras de valorar bienes pueden ser más apropiadas que otras. Y si tal es el caso, es poco claro por qué debemos satisfacer preferencias de forma indiscriminada, sin preguntarnos por su valor moral”. SANDEL, M. J., *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Debate, Barcelona, 2013, pp. 93–94.

Por todo esto, la concepción de actividad empresarial propuesta por Friedman y Hayek es incompatible con el reconocimiento de los derechos como exigencias éticas (“deberes en sentido amplio”) y jurídicas (“deberes en sentido estricto”) que limitan al mercado. Joseph Ramos dirá que existe una relación insoslayable entre economía y ética, pues no es la economía la que posee los recursos para fijar los límites de lo intercambiable en el mercado, sino la ética⁶¹. Por otro lado, insistirá en que “en la medida en que el intercambio en el mercado sea determinado por la aplicación sistemática del principio de interés propio, sobre todo si se extremara con oportunismo, engaño y trampa, se corroerá y eventualmente se socavará el capital moral necesario para el eficaz funcionamiento del mercado”⁶². Consecuentemente, la economía requiere de valores como “la confianza, la honestidad, la autodisciplina, la responsabilidad, el sentido de justicia, etcétera”⁶³.

Dicho lo anterior, Friedman y Hayek pasan por alto, por ejemplo, la forma irregular en la que muchas empresas inciden en la labor legislativa de los Estados con la finalidad de mejorar sus negocios. Por otro lado, en relación con la gestión empresarial, el referido economista obvia que la empresa, más que obtener los mayores beneficios para los accionistas, debe asegurar su propia viabilidad. En ese sentido, como se mencionó anteriormente, hay aspectos relacionados a la búsqueda de confianza de ciertos grupos de interés externos que ninguna empresa puede ignorar. Por último, tomando en consideración la crítica formulada por Colin Grant, el principal dilema que suponen las visiones bajo análisis es la suposición de que lo económico puede ser trascendente en

⁶¹ Cfr. RAMOS, J., “Economía y ética”, en *Estudios Públicos*, número 116, 2009, pp. 117 y 118.

⁶² Ibídem, p. 116. En esa misma línea: Vid. CORTINA, A., “Ética de la empresa: sin ética no hay negocio”, en CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 263–284. Al respecto, Robert C. Solomon dirá: “Cierto es que los negocios son y deben ser competitivos, pero no es verdad que esta competición sea a muerte o caníbal ni que «uno hace lo que puede para sobrevivir». Por competitiva que pueda ser una industria particular, siempre se basa en un núcleo de intereses comunes y normas de conducta convenidas mutuamente, y la competencia no tiene lugar en una jungla sino en una comunidad a la que presumiblemente sirve y de la que depende a la vez. La vida de los negocios es ante todo fundamentalmente cooperativa. Y la competencia sólo es posible dentro de los límites de los intereses compartidos en común”. Cfr. SOLOMON, R. C., “La ética de los negocios”, en SINGER, P. (Editor), *Compendio de Ética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 483–498.

⁶³ RAMOS, J., “Economía y ética”, óp. cit., p. 119.

sí mismo y que la actividad empresarial libre, sin interferencia de ningún tipo, nos conducirá a la plenitud de la vida⁶⁴.

A decir de Karl Polanyi, en el modelo económico que tanto Milton Friedman como Friedrich A. Hayek incorporan en sus postulados⁶⁵, el mercado se convierte en un mecanismo que engloba todos los factores de producción, los cuales son inseparables de la persona o el medio ambiente, por lo que estos elementos terminan siendo subordinados a las exigencias del mercado⁶⁶.

Por lo anteriormente expuesto, debe considerarse que la actividad empresarial, además del objetivo puramente económico, debe tener en cuenta una pluralidad de límites entre los que se encuentran los derechos humanos, por lo que un enfoque exclusivamente economicista y lucrativo de la empresa es insuficiente o, en ciertos casos, contrario a los derechos humanos.

1.2.1 Límite al desarrollo: la persona como fin

Como se ha dicho, para un grupo considerable de liberales conservadores y libertarios, “mercado” y “desarrollo” son palabras inseparables. Más aun, estiman que el desarrollo es una consecuencia innegable del mercado, pues solo este último permitirá conseguir los recursos necesarios para lograr el progreso de una comunidad. De este modo, consideran que el desarrollo es un concepto redundante, un objetivo que se alcanzará por inercia del crecimiento económico, gracias al efecto de la “filtración” de recursos. En términos de justicia e igualdad, Friedrich A. Von Hayek expone este postulado de la siguiente manera:

[A] veces pueden ser justas rentas increíblemente altas y, cosa más importante aún, el que tales ingresos sean posibles puede ser condición

⁶⁴ Vid. GRANT, C., “Friedman Fallacies”, en *Journal of Business Ethics*, volumen 10, número 12, 1991, pp. 907–914.

⁶⁵ La referencia a Karl Polanyi es traída a colación debido a las oportunas críticas formuladas a la idea de mercado libre que los teóricos liberales conservadores o libertarios conciben como un hecho natural, a salvo de la intervención del Estado. Cometería una imprudencia si sostengo que la crítica de Polanyi alcanza necesariamente a los teóricos que he citado previamente pues “La gran transformación...” es anterior a muchos de estos trabajos. No obstante la advertencia, me permito recordar que Karl Polanyi sostuvo en su momento una controversia con Ludwig Von Mises, teórico de la “Escuela Austriaca de Economía” cuyas tesis fueron retomadas por autores como Hayek.

⁶⁶ Cfr. POLANYI, K., *The great transformation, the political and economic origins of our time*, Beacon Press, Boston, 1985, p. 178.

necesaria para que los menos emprendedores, afortunados o inteligentes puedan contar con ingresos regulares [...] La desigualdad, insoportable para tantos, ha sido necesaria para lograr el nivel de rentas relativamente alto que hoy disfrutan en Occidente la mayoría de las personas.⁶⁷

Sin embargo, para Jeffrey Sachs, esta teoría es totalmente inaceptable por motivos éticos, aun cuando funcionara en la práctica, cosa que, a su juicio, no ha ocurrido⁶⁸. Consecuentemente, Sachs dirá lo siguiente: “En un mundo de pasmosas desigualdades, es un disparate pretender que los ricos se hagan aún más ricos, para que así los desposeídos estén un poco menos desposeídos”⁶⁹.

En ese orden de ideas, el individualismo y la propiedad se elevan como los referentes éticos centrales en la idea de desarrollo, mientras que la institucionalidad del Estado parece limitarse a la protección de las relaciones de mercado y de la propiedad privada. El discurso del individuo libre y autosuficiente encuentra respaldo en la codicia extendida, que justificaría, en este caso, alcanzar el desarrollo a expensas de los otros. Esta propuesta atomizaría el tejido social, provocando la desaparición de ciertos actores políticos esencialmente colectivos, como el Estado, los sindicatos, etcétera.

La instrumentalización de ciertas personas a cargo de otras más poderosas socava los fundamentos de la idea de dignidad humana. En específico, las formulaciones del imperativo kantiano y quienes se reclaman herederos de esta tradición⁷⁰. Para Kant, la humanidad es un fin en sí mismo y ostenta un valor absoluto, intrínseco, que ningún individuo (incluida la empresa) podrá instrumentalizar para alcanzar sus fines (en el caso de la empresa, fines esencialmente lucrativos) En ese sentido, dirá lo siguiente:

⁶⁷ HAYEK, F. A., *Democracia, justicia y socialismo*, Unión Editorial, Madrid, 1977, p. 53.

⁶⁸ Cfr. SACHS, J., *El Fin de la Pobreza. Como conseguirlo en nuestro tiempo*, Debate, Barcelona, 2005, p. 188.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Esta posición no es aceptada unívocamente. Por ejemplo, para H. B. Jones la ética del capitalismo es una ética kantiana porque la elección individual sería la clave de la organización social. Cfr. JONES, H. B., “The Kantian Ethic of Capitalism”, en *Journal of Private Enterprise*, volume 22, 2006, pp. 37–52. A mi criterio, esta posición cede ante el reduccionismo neoliberal que impide una comprensión integral del concepto de dignidad como fundamento de los derechos humanos, donde no solo es imprescindible la autonomía en la elección sino también la inviolabilidad del ser humano por ser un fin en sí mismo.

El hombre, y en general cualquier ser racional, existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin⁷¹.

Consecuentemente, Kant distingue entre el valor axiológico que se le otorga a las personas y a las cosas para clarificar su imperativo categórico:

Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen solo un valor relativo como medio, siempre que sean seres irracionales y por eso se llaman cosas; en cambio los seres racionales reciben el nombre de personas porque su naturaleza los destaca ya como fines en sí mismos, o sea, como algo que no cabe ser utilizado simplemente como medio y restringe así cualquier arbitrariedad (al constituir un objeto de respeto)⁷².

La idea de un mercado perfecto es inaceptable, afirmar lo contrario implicaría reconocer que en su dinámica no se vulneran derechos humanos. W. H. Meyer dirá que no es inusual que, entre otras situaciones, las empresas paguen salarios inferiores a los legales, ocasionen daños para la salud y la seguridad de sus trabajadores, atenten contra la libertad sindical, discriminen a grupos vulnerables o sean cómplices del desplazamiento forzoso de comunidades indígenas en determinados países⁷³.

Para el profesor Michael J. Sandel la reflexión sobre el mercado no sólo plantea dilemas sobre la utilidad y el consentimiento, sino sobre qué normas ajenas al mercado queremos proteger de la intromisión de éste. En ese sentido, reconoce la validez y la urgencia de un debate público sobre dicho asunto:

Esta es una cuestión que requiere un debate público acerca de las maneras contrapuestas de concebir el modo debido de valorar los bienes.

⁷¹ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 114.

⁷² *Ibíd.*, p. 115.

⁷³ Cfr. MEYER, W. H., "Human Rights and MNC's: Theory versus Quantitative Analysis", en *Human Rights Quarterly*, volumen 18, 1996, pp.368–397.

Los mercados son instrumentos útiles para organizar la actividad productiva. Pero a no ser que queramos que el mercado reescriba las normas que gobiernan las instituciones sociales, necesitaremos un debate público sobre los límites morales del mercado⁷⁴.

Por su parte, para la profesora María José Fariñas, la ideología del mercado autosuficiente y perfecto es un factor de desintegración social que va dejando carente de vínculos sociales a un amplio sector de la población mundial. En ese orden de ideas, la académica advierte lo siguiente:

Los nuevos excluidos del mercado global tienen una característica en común: su falta de capacidad económica para el consumo, su imposibilidad de llegar a ser una especie de "consumidor universal" o transnacional; en una palabra, su prescindibilidad para el sistema. El consumo o, mejor dicho, la capacidad económica para consumir -basada en una lógica individualista y competitiva-, se convierten actualmente en el criterio más importante de inclusión o de exclusión social.⁷⁵

En la misma línea, el profesor Eduardo Hernando afirma que el gran peligro de la economía actual radica en que ésta soslaya cualquier forma de florecimiento personal dentro de una comunidad. Es decir, que al alentar las relaciones humanas basadas en las relaciones comerciales, lo que hace es desalentar las relaciones que tienden a perdurar, esto es, las relaciones políticas y familiares, y, por lo tanto, contribuye a fragmentar la sociedad⁷⁶.

En suma, el concepto de desarrollo que se postula compatible con los derechos humanos en esta investigación debe estar desprovisto de cualquier connotación individualista que coloca el lucro, y no al ser humano, como piedra angular del mismo.

1.2.2 Derechos humanos y desarrollo sostenible

Conforme a lo expresado hasta aquí, la idea de desarrollo que subyace en nuestro razonamiento no está apartada de las obligaciones existentes en

⁷⁴ SANDEL, M. J., *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Debolsillo, Madrid, 2014, p. 300.

⁷⁵ FARIÑAS, M. J., "Neoindividualismo y desigualdad", en *Diario El País* (Edición impresa: 5 de enero de 2005)

⁷⁶ Cfr. HERNANDO, E., *Deconstruyendo la legalidad: Ensayos de teoría legal y teoría política*, segunda edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo Editorial de la Fundación Academia Diplomática del Perú, Lima, 2002 p. 170.

materia de Derechos Humanos. Por el contrario, conforme a la “Declaración sobre el derecho al Desarrollo” de Naciones Unidas, el desarrollo debe ser entendido como un derecho humano con contenido propio, en virtud del cual “toda persona está facultada para participar en el desarrollo, económico, social, cultural y político que haga realizable plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir en ese desarrollo y a disfrutar de él” (Artículo 1.1. de la Declaración sobre el derecho al desarrollo de Naciones Unidas). En ese orden de ideas, la persona humana “es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario de [este derecho]”⁷⁷.

Al respecto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) sostiene que el derecho humano al desarrollo entraña “el rechazo categórico de una de las ideas más influyentes acerca de la naturaleza del desarrollo y el crecimiento: se trata de la idea, común al pensamiento marxista tradicional y al neoliberalismo de que ‘no se puede hacer una tortilla sin romper algunos huevos’”⁷⁸.

Avanzando en nuestro razonamiento, el ACNUDH asevera que “todas las metas y resultados de las normas y políticas relacionadas con el desarrollo deben establecerse y evaluarse por referencia al mejoramiento de las capacidades y la satisfacción de las necesidades de los seres humanos tal como se reflejan en los diversos derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales”⁷⁹. En consecuencia, los beneficios de una política “no deben evaluarse por la contribución de esa política al incremento total de la riqueza o los ingresos nacionales, sino en función de sus efectos en

⁷⁷ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Declaración sobre el derecho al desarrollo”, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

⁷⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Incorporación del derecho al desarrollo en las normas y políticas de comercio internacional de la Organización Mundial del Comercio”, Estudio preparado por el profesor Robert Howse a solicitud de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2004/17 (9 de junio de 2004), párr. 14. En esa línea, ACNUDH dirá lo siguiente: “[S]egún la versión marxista el desarrollo entraña el sacrificio de los derechos humanos, un período de implacable modernización estalinista (colectivización, trabajo forzoso, desplazamiento de poblaciones), mientras que, según la versión neoliberal requiere un período de capitalismo industrial con efectos humanos devastadores (explotación del trabajo infantil, salarios de subsistencia, lugares de trabajo inseguros y con efectos destructores para el medio ambiente). Sólo una vez que los niveles de ingresos hayan aumentado como consecuencia de este proceso de crecimiento se podrá pensar en bienes suntuarios como los derechos humanos (incluidos los derechos ambientales)”.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 3.

las oportunidades de autorrealización de los seres humanos”⁸⁰. Por último, el ACNUDH resalta que “una dimensión indiscutible del derecho al desarrollo consiste en fomentar la aplicación de procedimientos participativos”, es decir, “el acceso directo de los ciudadanos al proceso de formulación de políticas internacionales, así como en el establecimiento de un proceso de formulación de decisiones nacionales abierto a todos los sectores, incluidos los grupos desfavorecidos y las minorías”⁸¹.

En esa lógica antropocéntrica de desarrollo, se promueve la idea de “desarrollo sostenible” como aspiración, que, según la denominada “Comisión Brundtland”, admite la noción por la cual se “satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”⁸². Es decir, el desarrollo no solo debe favorecer a las personas que viven actualmente, sino también alcanzar a las de existencia futura. De este modo, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro en 2012, se gestaron los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) cuyo propósito es “diseñar un conjunto de objetivos mundiales relacionados con los desafíos ambientales, políticos y económicos con que se enfrenta nuestro planeta”⁸³.

Previamente, en el Foro Económico Mundial de Davos de 1999, Kofi Annan, en aquel entonces secretario general de Naciones Unidas, comprometió a los líderes mundiales en materia económica y política a suscribir un pacto que, utilizando sus propias palabras, “diera al mercado un rostro humano”⁸⁴. Aquella iniciativa tomó forma y el Pacto Mundial de Naciones Unidas se erige actualmente como la mayor alianza público–privada para el desarrollo sostenible y la responsabilidad social empresarial.

⁸⁰ Ibídem, párr. 15.

⁸¹ Ibídem, párr. 18.

⁸² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Desarrollo y cooperación económica internacional: medio ambiente”, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, A/42/427 (4 de agosto de 1987), p. 59.

⁸³ Cfr. MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y MINERÍA DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, Informe de Transversalización de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, disponible en: <https://goo.gl/C2uysB> (Consulta: 24 de mayo de 2017)

⁸⁴ Cfr. CORTINA, A., “El ‘Global Compact’”, en *Diario El País* (Edición impresa: 25 de mayo de 2002)

Acorde con este enfoque, la Unión Europea ha indicado que las empresas se enfrentan a escenarios complicados “como el modo de determinar qué responsabilidades caen dentro de su competencia y no de los gobiernos, cómo asegurarse de que sus socios comerciales están respetando los derechos humanos, y cuál es el enfoque que deben adoptar y cómo trabajar en países donde son frecuentes las violaciones de los derechos humanos”⁸⁵, Dicho lo anterior, toda empresa

Tiene la obligación, en el marco de su política de cooperación, de garantizar el respeto de las normas laborales y la protección del medio ambiente y los derechos humanos, y se enfrenta al reto de asegurar una plena coherencia entre su política de desarrollo, su política comercial y su estrategia para el desarrollo del sector privado en los países en vías de desarrollo, en particular a través del fomento de las inversiones europeas⁸⁶.

Este recuento demuestra que el entendimiento clásico de “desarrollo” que persiguen algunas empresas debe quedar impregnado por una concepción más amplia y comprensiva. A modo de ejemplo, en las últimas décadas, algunos países como Ecuador y Bolivia han retomado la idea de “buen vivir” o “vivir bien”, inclusive consagrándola a nivel constitucional, en todo aquello que guarde relación con el desarrollo y las actividades extractivas en territorios indígenas o en proximidad a estos. Este ancestral planteamiento reclama desde el prisma de la diversidad cultural de ciertos pueblos indígenas, “la idea de una vida no peor, ni mejor que la de otros, ni en continuo desvivir por mejorarla, sino simplemente buena [que] introduce el elemento comunitario, por lo que tal vez se podría traducir como “buen convivir”, la sociedad buena para todos en suficiente armonía interna”⁸⁷.

En ese orden de ideas, será preciso mostrar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado en cuenta la idea de “buen vivir” en casos que ameritaban un análisis sobre desarrollo basado en actividades extractivas

⁸⁵ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro verde: fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Documento COM/2001/0366, p. 14.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ TORTOSA, J. M., “Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Buen Vivir”, en *Revista Nombres Propios*, s/n, 2009, disponible en: <http://goo.gl/1cS6Rx> (Consulta: 14 de noviembre de 2016)

y su impacto en los derechos humanos de los pueblos indígenas. Dicho lo anterior, el referido tribunal ha señalado que entre los pueblos indígenas “existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra exclusivamente en un individuo y sus expectativas sino en el grupo y su comunidad”⁸⁸, pues para las comunidades indígenas “la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁸⁹.

Esta afirmación viene aparejada de un derecho procedimental de vital importancia como es el derecho a la consulta previa, cuya aplicación debe cumplirse de manera libre, informada y de buena fe. La consulta previa es una expresión de la dimensión deliberativa del derecho al desarrollo, que consiste en fomentar la aplicación de procedimientos participativos a la hora de determinar las prioridades de desarrollo en una comunidad. Este derecho tiene por finalidad “alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a cualquier medida que los afecte directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisiones”⁹⁰, de acuerdo a la lectura que realiza el Congreso de la República del Perú del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo artículo 7.1 reconoce:

El derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

⁸⁹ Ídem. En el mismo sentido: Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 90, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 86.

⁹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Publicada el 7 de septiembre de 2011), artículo 3.

alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural⁹¹.

En términos de Boaventura de Sousa, la consulta previa está orientada hacia una transformación desde la solidaridad y caracterizada por un dominio social colectivo, no estatocéntrico; y privado, pero no orientado al lucro⁹².

De manera que, la idea de desarrollo sostenible, que incorpora enfoques como el de “buen vivir”, puede guiar y servir como marco de referencia en la determinación de las obligaciones empresariales en materia de derechos humanos, con la finalidad de impedir o atenuar los impactos sociales y ambientales que genera la actividad empresarial⁹³. Y, sobre todo, fomentar la aplicación de procedimientos deliberativos al momento de determinar las prioridades de desarrollo en una comunidad. De ahí que el desarrollo debe ser medido de acuerdo a la aportación que éste brinda a la capacidad general de las personas para vivir más con más libertad, y no únicamente teniendo en cuenta el incremento de las rentas, como resalta Amartya Sen.

Consecuentemente, debe considerarse que la actividad empresarial, además del objetivo puramente económico, debe tener en cuenta una pluralidad de límites, por lo que un enfoque exclusivamente pecuniario de la empresa resulta perjudicial para los derechos humanos. La dignidad humana debe prevalecer sobre el provecho industrial.

1.3 LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES AL PODER PRIVADO

Rafael de Asís reconoce que “en el discurso de los derechos se encuentra presente una consecuencia, que se manifiesta a través de la idea de los

⁹¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989 (núm. 169) (Entrada en vigor: 05 septiembre 1991), artículo 7.

⁹² Cfr. SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid, 2009, p. 534.

⁹³ La ONG Intermón Oxfam catalogará de “inversión positiva” a aquella industria cuyo impacto genera crecimiento económico incluyente, sostenibilidad ambiental y reducción de la pobreza a largo plazo. Para alcanzar dicha aspiración, la organización repara en la importancia de, entre otros criterios, la tierra como elemento vital para las comunidades y las comunidades como centro de la inversión. En su reflexión, Intermón Oxfam apoya sus reflexiones en un conjunto de casos relacionados con empresas españolas que operan en el extranjero, entre las que resaltan “Agrogeba”, en Guinea Bissau, y “Ebro Foods”, dedicada a la producción de arroz en Marruecos. Vid. INTERMÓN OXFAM, *La empresa española y los derechos humanos. Claves para una internacionalización responsable*, Intermón Oxfam, Madrid, 2013.

derechos como límites al poder”⁹⁴. En ese sentido, dirá que aunque, tradicionalmente, la naturaleza del poder era pública y los derechos establecían espacios de libertad, la realidad nos demuestra que las violaciones de los derechos no tienen una única causa sino que éstas también se originan en la sociedad o debido a las acciones u omisiones de los particulares⁹⁵. Al respecto, Luigi Ferrajoli ha sostenido lo siguiente:

Relaciones verticales y por tanto asimétricas de potestad–sujeción existen por el contrario, como bien lo sabemos, también en las relaciones privadas de las cuales está tejida, natural o artificialmente, la sociedad civil. A falta de regulación jurídica, estas relaciones se manifiestan bajo la forma de poderes y sujeciones extra jurídicas y tendencialmente salvajes: o porque se desarrollan dentro de roles e instituciones jurídicas abandonadas a dinámicas sustancialmente libres e incontroladas; o porque se desarrollan fuera de cualquier rol o institución jurídica y bajo formas puramente extra legales o ilegales⁹⁶

A su vez, el citado académico advierte, de modo categórico, que actualmente el desafío que debe enfrentar el Estado de Derecho es la “anomia anarco–capitalista” que atraviesa el sistema de normas vigente a causa de las dinámicas económicas e industriales, las cuales han redefinido las regulaciones clásicas mediante criterios de eficiencia económica. Esta simplificación regulatoria resultaría útil en ciertos casos en los que la materia es susceptible de superar un análisis costo–beneficio, es decir, cuestiones que pueden ser explicadas en términos estrictamente monetarios. No obstante, el Derecho está compuesto por ámbitos que van más allá de lo patrimonial por lo que esta tendencia hacia la des–regulación no debe ser categórica ni excluyente. En ese sentido, Ferrajoli ha señalado que:

⁹⁴ Cfr. ASÍS, R. de, “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y Poder”, en CAMPOY, I., *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, número 2, Dykinson, Madrid, 2004, p. 68.

⁹⁵ Ibídem, p. 69. A su vez: Vid. ASÍS, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

⁹⁶ FERRAJOLI, L., “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de Derecho Privado”, en: A. A. V. V., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2002, pp. 106–107; o de modo más reciente, FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

Hoy en día el desafío del futuro es el generado por un lado por el viejo absolutismo de la soberanía externa de los Estados, y por el otro por el nuevo absolutismo de los grandes poderes económicos y financieros transnacionales. (...) El segundo absolutismo es un neo absolutismo regresivo que se manifiesta, al interior de nuestras democracias, en la crisis del Welfare y de las garantías tanto de los derechos sociales como de las relativas al derecho del trabajo y, en el plano tanto interno como internacional, en la ausencia de reglas que ha sido asumida por el actual anarco-capitalismo globalizado como la propia regla fundamental, una suerte de nueva *grundnorm* de las relaciones económicas e industriales. La globalización de la economía en ausencia de reglas ha producido de esta manera un crecimiento exponencial de las desigualdades: de la concentración de la riqueza y a la vez de la expansión de la pobreza, del hambre y de la explotación⁹⁷.

Precisamente, esta reflexión toma sentido en la vinculación de las empresas con los derechos humanos. Sobre todo, “cuando se toma conciencia del enorme poder que tienen algunas empresas y el modo en el que este poder tiene capacidad para impactar en los derechos”⁹⁸. Para la profesora María del Carmen Barranco esta preocupación está relacionada, fundamentalmente, con dos cuestiones: “la capacidad de influencia de las empresas sobre los Estados”⁹⁹, por un lado, y “su capacidad para escapar del control del Estado en el que tienen su sede o de un tercer Estado en el que operan”¹⁰⁰, por otro.

⁹⁷ FERRAJOLI, L., “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, número 15, 2016, pp. 134–135. Sus consideraciones, además, toman en cuenta la creciente brecha social generada por la desigualdad. Al respecto, Ferrajoli dirá lo siguiente: “Menos de 300 multimillonarios poseen tanta riqueza como la mitad de la población mundial, es decir 3,000 millones de personas. Esta desigualdad ha sido legitimada por las ideologías neoliberales, que han conseguido acreditar la idea de que la autonomía empresarial no es un poder, en cuanto tal sujeto de regulación jurídica, sino una libertad, y que el mercado no solamente no tiene necesidad de reglas sino que tiene necesidad, para producir riqueza y empleo, de no encontrar ningún límite. Son ideas contrarias a la lógica del Estado de derecho y del constitucionalismo, que no admiten poderes *legibus soluti*, y a la vez infundadas en el plano económico, ya que ningún mercado puede sobrevivir sin reglas y sin intervenciones públicas reguladoras. Todavía hoy, por lo demás, estas intervenciones abundan; sólo que suceden sistemáticamente a favor de los países más ricos y de las grandes empresas. Basta pensar en las políticas del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional en materia de deuda externa, responsables del hambre, de la miseria y de enfermedades de las que son víctimas en todo el mundo millones de seres humanos”. FERRAJOLI, L., “Sobre los derechos fundamentales”, *óp. cit.*, p. 135.

⁹⁸ BARRANCO, M. C., “Vulnerabilidad, derechos humanos y empresas”, *óp. cit.*, p. 11.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 12.

¹⁰⁰ *Ídem.*

Para Carlos de Cabo Martín, esta situación coincide “simultáneamente con la desregulación expansiva y la pérdida de centralidad de la ley, mientras se registra la cada vez mayor importancia del contrato –categoría básica del derecho privado– en las actuaciones del Estado, especialmente en aquellas que tienen por objeto la colaboración activa o estímulo de los intereses privados”¹⁰¹.

En ese sentido, el alcance de una obligación jurídica atribuible a una empresa dependerá de la envergadura de sus operaciones. Así, podríamos encontrarnos frente a una empresa irregular que no ha culminado los procedimientos de formalización societaria o una pequeña o mediana empresa –ambas irrelevantes para la posición que aquí se expone–¹⁰² o toparnos con una empresa transnacional que posee establecimientos secundarios en países y continentes distintos de los de la empresa matriz, así como gran tamaño en sus operaciones y su estructura organizativa –en suma, despliegue de “poder” en los términos descritos previamente– que exceden los marcos regulatorios nacionales.

Según Wilfredo Sanguinetti las empresas transnacionales se caracterizan tanto por “el *core business* como por su red de filiales, proveedores, contratistas y subcontratistas de diversos niveles situados en cualquier lugar del globo, lo que favorece una mayor independencia de este tipo de entidades respecto de los Estados y facilita a las mismas la elusión de cualquier responsabilidad por los procesos de producción a ellas vinculados”¹⁰³. A esta situación se la denomina “deslocalización empresarial”. Es decir, en palabras de Laporta, el uso “a la carta” del Derecho, mediante el cual “las grandes empresas dislocan espacialmente el proceso productivo ubicando cada una de

¹⁰¹ CABO, C. del, “Estado y Estado de Derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español”, en CABO, C. del, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado Constitucional y el Constitucionalismo del Estado Social*, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 1997, p. 233.

¹⁰² Por ejemplo, en España, el número de PYMES asciende a 3,1 millones, que suponen el 99,8% del tejido empresarial del país, escapan a cualquier evaluación en la materia porque apenas hay datos sobre ellas. Cfr. FERNÁNDEZ, M., “Ética empresarial a golpe de crisis. El país ha dado tímidos pasos para fomentar la transparencia en los negocios”, en *Diario El País* (Edición impresa: 25 de octubre de 2015)

¹⁰³ SANGUINETI, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en ESCUDERO, R., *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, Ediciones Cinca y CCOO, Madrid, 2008, p.449.

sus fases bajo un ordenamiento jurídico distinto, y cambiando de ordenamiento cuando ello satisface su interés”¹⁰⁴. En ese contexto se presentan contradicciones o vacíos legales entre las normas del país donde la empresa transnacional reside y tiene su sede central y las normas de los países donde actúa, los cuales son aprovechados por ciertos *free riders* empresariales con el objetivo de maximizar beneficios y oportunidades.

Por otro lado, Antonio Madrid advierte que las empresas transnacionales tienen el poder suficiente para configurar nuestro modo de vida, es decir, el funcionamiento de los mecanismos que utilizamos para satisfacer nuestras necesidades primarias (producción, distribución y control de recursos energéticos, alimentos, agua, materias primas, etcétera)¹⁰⁵.

Efectivamente, la realidad nos muestra la existencia de ciertas compañías que tienen la magnitud para influir en la política exterior o la política económica de los Estados. Estos rasgos pueden ser agrupados mediante el término *Systemically Important Financial Institutions* (SIFI)¹⁰⁶. Al respecto, Antonio Madrid dirá que esta situación desborda la visión que tradicionalmente se había tenido del Estado en tanto que “principal centro de agregación de poder”¹⁰⁷, pues algunas empresas transnacionales (ETN) son esenciales, “ya no solo al modelo económico, sino también (...) para la estabilidad del Estado, para su

¹⁰⁴ Cfr. LAPORTA, F. J., “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 9, año 2005, p. 183.

¹⁰⁵ MADRID, A., “Los deberes de las corporaciones transnacionales”, en ESTÉVEZ, J. (Editor), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 199. Sobre el particular, el citado autor resalta lo siguiente: “En la medida en que el Estado se ha ido retirando o limitando su actuación directa en la provisión de servicios, las ETN han ido incrementando sus funciones públicas, en muchos casos por sustitución de las estructuras estatales [...] A partir de la crisis financiera de 2008, los Estados más afectados por esta crisis han creado condiciones de actuación favorables a los actores financieros y bancarios de alcance internacional, aunque en muchas ocasiones estos mismos actores tuvieron responsabilidades directas en la creación de factores que condujeron a la crisis. Este fenómeno muestra cómo las ETN se han convertido en instituciones de gobierno de los públicos, pese a que no hayan pasado por ninguno de los procesos de legitimación democráticos existentes”. MADRID, A., “Los deberes de las corporaciones transnacionales”, *op. cit.*, p. 200.

¹⁰⁶ En noviembre de 2011, Financial Stability Board clasificó las siguientes empresas en la categoría de SIFI: Bank of America, Bank of China, Bank of New York Mellon, Banque Populaire Cdf, Barclays, BNP Paribas, Citigroup, Commerzbank, Credit Suisse, Deutsche Bank, Dexia, Goldman Sachs, Group Crédit Agricole, HSBC, ING Bank, JP Morgan Chase, Lloyds Banking Group, Mitsubishi UFJ FG, Mizhuho FG, Morgan Stanley, Nordea, Royal Bank of Scotland, Santander, Socete Generales, State Street, Sumitomo Mitsui FG, UBS, Unicredit Group, Wells Fargo, en: <https://goo.gl/wejSGe>

¹⁰⁷ MADRID, A., “Los deberes de las corporaciones transnacionales”, *op. cit.*, pp. 205–207.

financiación, y para el mantenimiento del modelo político y del tejido productivo”¹⁰⁸.

En ese sentido, el profesor Antonio Madrid fija su atención en cuatro elementos que considera novedosos e inéditos en el desarrollo de las estructuras de poder actuales: i) “las corporaciones transnacionales ocupan una posición estratégica en la orientación del campo científico–tecnológico”¹⁰⁹; ii) son “agentes de creación de hegemonía cultural en la medida que poseen una gran capacidad de creación de contenidos culturales, al tiempo que están en disposición de propagarlos rápidamente por todo el mundo”¹¹⁰; iii) tienen “gran capacidad de actuación a nivel mundial y sintonizan preferentemente con los intereses de los principales países desarrollados del mundo”¹¹¹; y, finalmente, (iv) ostentan una “alta capacidad de articulación con los Estados y los organismos internacionales”¹¹². Esto, evidentemente, tiene un gran impacto “en los procesos de toma de decisiones, la definición de los intereses públicos, la teatralización de la democracia, la creación de áreas y de relaciones opacas a los sistemas de control, o la proliferación de mecanismos privatizados de creación de normas jurídicas”¹¹³.

Consecuentemente, los efectos provocados por las empresas transnacionales sobre la economía del lugar en que se asientan, los derechos humanos de las personas y el medio ambiente de los territorios que las reciben son suficientemente conocidos. No han sido pocos los casos en los que las empresas han incurrido en actividades ilícitas o han tomado ventaja de las zonas grises en la regulación con el objetivo de obtener el máximo beneficio¹¹⁴. Como hemos señalado en un trabajo anterior, cuya autoría comparto con la profesora Karen García Curiel¹¹⁵, el caso de la petrolera Chevron es una

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ MADRID, A., “Los deberes de las corporaciones transnacionales”, óp. cit., pp. 203 y sgtes.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Ídem.

¹¹³ MADRID, A., “Los deberes de las corporaciones transnacionales”, óp. cit., p. 204.

¹¹⁴ Vid. TEITELBAUM, A., *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*, Icaria – Antracyt, Barcelona, 2010.

¹¹⁵ SOTELO, C. y GARCÍA, K., “Tierra y libertad: una propuesta para la tutela del medio ambiente en la Constitución mexicana”, en *Letras Jurídicas, revista electrónica de Derecho del Centro Universitario de La Ciénaga de la Universidad de Guadalajara*, número 24, 2017.

muestra de la envergadura de los daños provocados por el poder irresponsable de las empresas transnacionales. Al respecto, la empresa estadounidense provocó uno de los peores desastres medioambientales de la historia en la Amazonía ecuatoriana, debido a las malas prácticas extractivas. En ese sentido:

Se calcula que durante los 30 años que la referida empresa estuvo en Ecuador se vertieron aproximadamente 80 000 toneladas de residuos tóxicos en un área de unas 500 000 hectáreas. Además, se estima que esta contaminación se ha cobrado al menos 1 400 vidas en la región, por enfermedades derivadas de los vertidos, que incluyen malformaciones de nacimiento y distintos tipos de cáncer¹¹⁶.

Para Ruggie “las empresas que operan a escala global no están reguladas a esa misma escala”¹¹⁷. En ese sentido, existe una asimetría entre poder empresarial y regulación en la que cada componente de la empresa está sujeto a la jurisdicción en la que actúa. El reseñado académico advierte lo siguiente:

Incluso allí donde existen leyes que prohíben esta conducta abusiva, lo que no siempre es el caso, muchas veces los Estados no las aplican, ya sea porque no tienen la capacidad para ello, por miedo a las consecuencias competitivas que esto les acarrearía o porque sus líderes subordinan el bien público a las ganancias privadas¹¹⁸.

Un estudio realizado por Naciones Unidas pone en evidencia que alrededor del 94% de las normas nacionales sobre inversiones extranjeras, entre 1991 y 2001, tenían como objetivo facilitar aún más dichas inversiones¹¹⁹. En ese sentido, ante el poder que representa semejante deslocalización empresarial se deben ensayar mecanismos idóneos para exigir a las empresas el respeto por los derechos humanos¹²⁰. Como afirma Drucker, los derechos humanos deben

¹¹⁶ Ibídem, p. 16. Los datos utilizados fueron tomados de: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD HUMANA DE ECUADOR, *El caso Chevron / Texaco en Ecuador. Una lucha por la justicia ambiental y social*, documento disponible en: <https://goo.gl/KtPFZ2> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

¹¹⁷ RUGGIE, J. *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*, óp. cit., p. 14.

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *World Investment Report*, UNCTAD, Nueva York, 2002, p. 7.

¹²⁰ De esta manera, mientras por un lado se discute la adopción de tratados internacionales con efectos vinculantes plenos en el seno de las Naciones Unidas, ciertos Estados en los que las referidas empresas tienen su matriz han emprendido la implementación

salvaguardarse del abuso del poder empresarial, y debe haber reglas claras y públicas para su ejercicio apelando, entre otros, a una “auditoría de empresa” que coteje con recelo los resultados de un negocio y de su gestión con un plan estratégico y unos objetivos específicos¹²¹

1.4 LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Otro de los temas que deben ser expuestos para brindar argumentos a favor de la determinación de responsabilidades empresariales en materia de derechos humanos es el relacionado a la eficacia de los derechos humanos en el ámbito privado. Pues, a partir de la *Drittwirkung der Grundrechte*, denominación con la que se originó esta doctrina en Alemania, podrá completarse la tesis sobre el control de ciertos “poderes salvajes” en el campo empresarial¹²².

de mecanismos de control extraterritorial. Muestra de ello es la respuesta de Estados Unidos a través del *Alien Torts Claim Act* (ATCA) que consiste en una acción civil mediante la cual se exigen responsabilidades al sujeto infractor domiciliado en dicho país pues, por ejemplo, es habitual que ciertas empresas transnacionales realicen actividades en Estados con legislaciones más permisivas con la finalidad de obtener mayores recursos económicos en desmedro de los derechos humanos.

¹²¹ DRUCKER. P. F., *La Sociedad Poscapitalista*, Ediciones Apóstrofe, Barcelona, 1993, pp. 88 y 109.

¹²² Merece la pena traer a colación el trabajo académico del profesor Mijail Mendoza Escalante titulado “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares” donde se enumeran algunos escenarios que pueden presentar un problema de *Drittwirkung der Grundrechte*: “[1.] Negocios y actos jurídicos. (...) Comprende todos los tipos de negocios jurídicos: unilaterales, bilaterales y plurilaterales cuyo fundamento radica en la autonomía privada (v.gr. testamentos, contratos, donaciones, etcétera.); 2.] Actos sancionatorios. (...) Se tiene aquí las sanciones que impone un particular que desempeña una función de autoridad o detenta una situación de tal naturaleza en el ámbito de una persona jurídica de derecho privado. Su fundamento reside, por ello, en el ejercicio de una potestad sancionatoria privada. Ésta es, por ejemplo, la situación de un empleador que aplica sanciones disciplinarias (llamadas de atención, suspensión, multa, despido) o las que aplican las asociaciones en base a sus estatutos que puedan lesionar derechos fundamentales; 3.] Actos administrativos de autoridades privadas o particulares. (...) Se trata de actos expedidos por órganos administrativos de personas jurídicas de derecho privado con el propósito de cumplir los fines de las mismas, ya en interés de ésta o de sus miembros. Téngase aquí los acuerdos o resoluciones de asociaciones, sindicatos, partidos políticos, sociedades comerciales, las decisiones u órdenes de empleadores –en relaciones laborales sometidas al régimen de derecho privado– en ejercicio de su potestad de dirección y organización (siempre que sean actos concretos o individuales y no asuman la condición de actos normativos que son reconducibles, más bien, a la categoría siguiente) como traslados de personal, realizar una labor determinada (que el trabajador estime contraria a su libertad de conciencia, por ejemplo), los procesos de elección de los órganos de las personas jurídicas privadas, etcétera; 4.] Actos jurídicos normativos. (...) Las personas jurídicas de derecho privado, v.gr. las asociaciones, tienen la potestad de auto-organización, cuya manifestación principal son los estatutos. Claramente resulta que no son, a diferencia de los supuestos previos, actos individuales o concretos, sino normas emitidas por particulares que, también, han de estar vinculadas a los derechos fundamentales. A diferencia de los otros supuestos de *Drittwirkung* no se trata de un

Históricamente se ha planteado que el Estado es un actor principal en la superación de las desigualdades e injusticias. En ese sentido, queda claro que, en principio, toda garantía de los derechos humanos descansa en el Estado y sus instituciones. No obstante, existen derechos que no tienen sentido si no son respetados por todos y otros que dependen precisamente de la acción de privados (por ejemplo, la huelga entendida como inmunidad¹²³). Esta idea no es novedosa pues responde al impacto del constitucionalismo social sobre las relaciones entre privados (efecto irradiación y primacía de la Constitución). Así pues, apoyados en estas justificaciones, los derechos humanos proyectan su fuerza normativa al ámbito de las relaciones entre particulares.

En efecto, a criterio de Tomás de Domingo, la posición medular de los derechos fundamentales les dota de una vertiente objetiva o institucional, lo cual se ve reflejado en el denominado “efecto irradiación” que es explicado del siguiente modo:

Los derechos fundamentales no sólo son un instrumento de protección del individuo frente al Estado, sino también un “sistema de valores” objetivo que en cuanto tal aspira a regir en todos los ámbitos de la comunidad política. Por consiguiente, esta dimensión institucional de los derechos fundamentales refuerza su influencia en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, lo que se conoce como el “efecto irradiación” de los derechos fundamentales. [...] No parecería lógico que unos derechos que se fundan en la dignidad humana, y que se sitúan en la base de toda comunidad humana, limitaran su eficacia a las relaciones individuo–Estado; deberían alcanzar también, por el contrario, plena vigencia en las relaciones entre particulares¹²⁴.

acto (lesivo de derechos fundamentales) sino de una norma[; y, finalmente, 5.] Actos antijurídicos. (...) Se trata de actos libres en ejercicio de derechos constitucionales o legales que devienen en antijurídicos por lesionar derechos constitucionales y que pueden adoptar la forma de ilícitos civiles, de responsabilidad extracontractual o de querrela penal, según la vía adoptada por el afectado”. MENDOZA, M., “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en *Pensamiento Constitucional*, número 11, 2005, pp. 249–250.

¹²³ Cfr. GARCÍA, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 53–54. También: BALLARIN, J., “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La ‘Drittwirkung’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 24, 1988, pp. 283–315.

¹²⁴ DOMINGO, T. de, “El problema de Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la Filosofía del Derecho”, en *Derechos y Libertades*, número 11, 2002, p.

Para Antonio Enrique Pérez Luño el razonamiento por el cual se conciben los derechos fundamentales como preceptos normativos, surgidos únicamente para tutelar a los ciudadanos de la omnipotencia del Estado, es insuficiente por su concepción puramente formal de la igualdad entre los diversos miembros integrantes de la sociedad¹²⁵. De ahí que el catedrático de la Universidad de Sevilla objete el empleo de la locución “derecho público subjetivo”¹²⁶.

Fue el Tribunal Federal Laboral alemán el que declaró que el principio de igualdad, enunciado en el artículo 3º de la Ley Fundamental, vinculaba de modo directo y obligatorio a todo contrato y convenio laboral, de modo que no podía ignorarse la igualdad de retribución para hombres y mujeres por el mismo trabajo realizado¹²⁷. Posteriormente, en 1958, el Tribunal Federal Constitucional de este país expondrá en el célebre caso Lüth lo siguiente:

La influencia de los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales, cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones de derecho privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que, por tanto, forman parte del *ordre public* (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorios también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares. Esas disposiciones tienen en su finalidad un estrecho parentesco con el

253. Por su parte: RUIPÉREZ, J., “Sobre la eficacia de los derechos fundamentales: de la ‘libertad natural’ a la Drittwirkung der Grundrechte”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, número 8, 2004, pp. 1159–1174.

¹²⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., “La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho”, en *Derechos y Libertades*, número 14, enero de 2006, pp. 168–170.

¹²⁶ Todas estas observaciones se relacionan con lo que Pérez Luño señala a continuación: “Es un hecho notorio que en la sociedad moderna neocapitalista la igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en el plano privado de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos. De ahí que se haya tenido que recurrir a una serie de medidas destinadas a superar los obstáculos que de hecho se oponen al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la totalidad de los ciudadanos en un plano de igualdad”. PÉREZ LUÑO, A. E., “La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho”, *óp. cit.*, pp. 168–170. También, en esa línea: VEGA, P. de, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: problema de la Drittwirkung der Grundrechte”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, número 46, 1992, pp. 357–375; ESCOBAR, I., “Aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas”, en CARBONELL, M., CARPIZO, J. y ZOVATTO, D. (Coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, UNAM, Ciudad de México, 2009, pp. 151–254.

¹²⁷ TRIBUNAL FEDERAL LABORAL ALEMÁN, Sentencia de 15 de enero de 1955, (*La igualdad de retribución para hombres y mujeres por el mismo trabajo*), en *Nuevo Semanario Legal*, número 18, 1955, pp. 684–688.

derecho público y lo complementan. Éstas deben exponerse en gran medida a la influencia del derecho constitucional¹²⁸.

Quienes refutan esta idea, como Konrad Hesse, señalan que la superposición del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado, amenaza con producir la pérdida de identidad y autonomía de este último¹²⁹. De tal modo, para Hesse, la extensión del “efecto de irradiación”, podría desvirtuar el papel constitucional del Tribunal Constitucional, hasta llegar a convertirlo en el “supremo tribunal de los conflictos jurídico–civiles”¹³⁰.

Ante tal objeción, podría señalarse, en sentido contrario, que la maximización de la autonomía en el Derecho privado, alejada de la sensatez de un órgano de control constitucional, nos llevaría a un escenario donde predomine lo privado sobre el resto del ordenamiento jurídico. Por otro lado, se reconocería la existencia de fracciones exentas de control constitucional, una situación incompatible con el modelo de Estado donde prevalece la garantía plena de los derechos humanos. Como se demostrará en el siguiente capítulo, el Derecho frente a la globalización pone de manifiesto las insuficiencias del Derecho privado para la protección de los derechos humanos.

Por otra parte, como recuerda Clapham el efecto horizontal de los derechos humanos se ha abordado notoriamente en relación al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su aplicación al comportamiento de actores no estatales¹³¹. Por su lado, Javier Mijangos y González considera que, a partir de la Opinión Consultiva 18/03 intitulada “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, la *Drittwirkung der Grundrechte* descubre un

¹²⁸ TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, Sentencia 15 de enero de 1958, BVerfGE 7, 198 (Lüth). La traducción ha sido realizada por la Universidad de Palermo y tomada del siguiente sitio web: <https://goo.gl/ulrjnE>

¹²⁹ Cfr. HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1995, p. 69.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ CLAPHAM, A., “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, en MACDONALD, R., MATSCHER, F. y PETZORLD, H., *The European system for the protection of human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 163–206.

terreno fértil en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos¹³².

En relación a las vertientes procedimentales de la *Drittwirkung der Grundrechte*, estas pueden ser clasificadas, por un lado, en eficacia indirecta o mediata y, por otro, en eficacia directa o inmediata. En el primer caso, podríamos referir a países como Alemania y España. Así las cosas, previamente, hubo oportunidad de citar el caso Lüth donde el Tribunal Federal Constitucional alemán sostuvo que un funcionario público, en este caso un juez civil, puede violar con su sentencia derechos fundamentales cuando desconoce la eficacia de estos en el Derecho Civil¹³³. En cuanto al reconocimiento del *Drittwirkung der Grundrechte* en España, Yolanda Villegas¹³⁴ refiere la sentencia de amparo 78/1982 emitida por el Tribunal Constitucional contra una decisión del Tribunal Central de Trabajo en la que contendían don Vicente Barber Delgado y la empresa Ford España, S.A.¹³⁵.

Cabe resaltar que en ambos casos es ineludible la presencia de una autoridad pública respecto de la cual el órgano de control constitucional evalúa una lesión o amenaza al ejercicio de los derechos fundamentales, que se haya manifestado de modo arbitrario o ilegal. La característica esencial del modelo de eficacia indirecta o mediata obra en la existencia previa de una relación jurídica privada que, según la clasificación realizada por Mijail Mendoza, podrá

¹³² Al respecto, un estudio detallado sobre la cuestión: MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J., "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Teoría y Realidad Constitucional*, número 20, 2007, pp. 583–608.

¹³³ TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, óp. cit.

¹³⁴ VILLEGAS, Y., *Drittwirkung der Grundrechte: estudio comparado y aplicación en México. ¿Es factible implementarla en México, tal y como se ha efectuado en Alemania, España y Colombia?*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2011, p. 6. Respecto de este tema, Luis Prieto Sanchís afirma que la Constitución española "no ofrece ninguna base textual que recomiende excluir la eficacia horizontal de derechos humanos con carácter general" ni que el artículo 53.1 CE, al establecer en su primer inciso que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos", esté proscribiendo implícitamente que los derechos fundamentales rijan en las relaciones entre particulares. Cfr. PRIETO, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 210. Comparte la misma conclusión, aunque sus premisas refieren los artículos 1.1. CE y 10.1. CE: Cfr. PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1995, p. 628. Finalmente: Cfr. DOMINGO, T. de, "El problema de *Drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la Filosofía del Derecho", en *Derechos y Libertades*, número 11, 2002, pp. 251–290.

¹³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 78/1982 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1983)

ser un negocio o acto jurídico, acto sancionatorio, acto administrativo de autoridad privada o particular, acto jurídico normativo o un acto antijurídico.

En lo relativo a la eficacia directa o inmediata, pueden aludirse los casos de Colombia y Perú. En ese orden de ideas, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que la acción de tutela procede también contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental¹³⁶. Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú, ha precisado lo siguiente:

Los derechos fundamentales detentan un *efecto horizontal o inter privados* [...]. Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38° de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales¹³⁷.

En esa línea, el máximo intérprete de la Constitución peruana ha sostenido que la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares “cobra especial sentido en un contexto donde la presencia e importancia de la empresa privada en la vida económica y social del país es cada vez mayor, lo cual puede generar, además de grandes beneficios en atención al progreso material, serios peligros en el ejercicio de determinados derechos ius-

¹³⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-134/94, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 06730-2006-PA/TC, emitida el 11 de julio de 2008, fundamento jurídico N° 9.

fundamentales”¹³⁸. Consecuentemente, es “de especial preocupación la prestación que las empresas privadas brindan, hoy, de servicios considerados esenciales y que atienden necesidades básicas de la población, como es el caso por ejemplo de la salud, la educación y las pensiones de cesantía”¹³⁹.

Avanzando en nuestro razonamiento, cabe recalcar que la eficacia de los derechos humanos frente a particulares no se proyecta sólo al reducido ámbito de los clásicos derechos civiles y políticos, sino que también encuentra un particular desarrollo en los denominados derechos económicos, sociales y culturales o derechos de segunda generación. Asumiendo esta postura se ha pronunciado, por ejemplo, el profesor Gerardo Pisarello, quien ha manifestado significativamente que:

Frente a la creciente privatización de recursos y servicios que conforman el objeto de los derechos sociales, le incumbe más que nunca a los poderes públicos, si no ya la gestión directa de dichos recursos, la irrenunciable obligación de proteger los intereses de las personas en los mismos, frente a afectaciones provenientes de agentes privados. Esta obligación exige ampliar el ámbito de aplicación de la llamada *Drittwirkung* constitucional, es decir, la posibilidad de vincular a los poderes sociales y económicos al cumplimiento, en materia de derechos sociales, a las obligaciones de respeto, promoción y no discriminación. Sobre todo, en situaciones de especial *subordinación* e *indefensión* de los destinatarios frente a prestadores privados (empleadores, proveedores de servicios públicos de salud, educación, agua potable, alimentos, electricidad, arrendadores de tierra o vivienda), así como en aquellas otras que, bajo el amparo de la Constitución, pudieran crearse por vía legal.¹⁴⁰

Por tanto, frente a la evidencia existente, resultaría inconsistente restar eficacia a los derechos humanos en la actividad empresarial. Aunque procesalmente existen matices sobre su viabilidad, el itinerario recorrido por la doctrina y las altas cortes nos demuestra la contundencia argumentativa de la *Drittwirkung der Grundrechte*. No obstante, como contrastaremos en el Capítulo

¹³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Sentencia recaída en el expediente N° 00607-2009-PA/TC, emitida el 15 de marzo de 2010, fundamento jurídico N° 4.

¹³⁹ Ídem.

¹⁴⁰ PISARELLO, G., “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en *Isonomía*, número 15, 2001, pp. 95–96.

II, la globalización ha dificultado la posibilidad real de hacer efectivos los derechos humanos en las relaciones entre particulares, debido a la desterritorialización de los centros de toma de decisión política y económica, así como la traslación espacial de los procesos industriales hacia países institucionalmente frágiles.

1.5 CONSIDERACIONES FINALES DEL PRIMER CAPÍTULO

Se ha dicho que el sentido de la responsabilidad de respetar los derechos humanos es equivalente al de un deber jurídico. Mas no se trata tan sólo de ciertos intereses objetivados en una norma, sino también de la convergencia entre lo jurídico y lo moral, pues el recurso de la persuasión logra un compromiso más pleno que la coacción. Aquí reposa la importancia de situar a los derechos humanos en la centralidad de los sistemas de gobernanza externo e interno que condicionan la actividad empresarial en lo relativo a derechos humanos.

Dicho lo anterior, la idea de desarrollo que subyace a la actividad empresarial merece ser revisitada. Consecuentemente, el Estado no solo debe enfocarse en elevar la renta privada, sino también en garantizar otros aspectos esenciales como la seguridad social y la participación pública efectiva. Esta idea fundamental sitúa en el mismo plano al desarrollo económico y a la capacidad de las personas para vivir libremente. No obstante, la eventual discordancia entre uno y otro concepto debe ser resuelta reafirmando la capacidad de las personas para vivir con libertad, por encima del desarrollo económico. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y su beneficiario. Además, la idea de desarrollo sostenible refuerza el compromiso del Estado y la sociedad con estrategias tutelares más adecuadas y efectivas de alcance intergeneracional.

En ese orden de ideas, Gregorio Peces-Barba dirá que “cuando se trata de la vida y del desarrollo de las personas, no pueden criterios económicos –como la inflación, la deuda pública o el déficit cero– decidir por encima de criterios de la ética pública –como el igual trato y la igual consideración o la satisfacción de las necesidades básicas– sin que se ataque en sus raíces a la dignidad

humana”¹⁴¹. Es así que el citado académico insiste en la necesidad de una acción social solidaria en la que los grupos sociales, las asociaciones y las organizaciones no gubernamentales contribuyan, con el Estado y con su Derecho, a facilitar la satisfacción de las necesidades básicas. En seguida, Peces-Barba ratificará lo siguiente:

Por eso, la solidaridad es un componente necesario del orden político y jurídico futuro, es compatible con las posiciones individualistas y corrige el contractualismo clásico –entendido como un individualismo egoísta y aislacionista–. Potencia sociedades donde el otro es un prójimo que forma parte de nuestra misma comunidad, es incompatible con sistemas cerrados y con concepciones totalizadoras y excluyentes, y fortalece la tolerancia y el pluralismo¹⁴².

Llegados a este punto, conviene insistir que, más allá del interés empresarial por incrementar sus beneficios (“ganar tanto dinero como sea posible”, en palabras de Milton Friedman), existe una pluralidad de preceptos esencialmente morales y jurídicos. La pretendida autosuficiencia de la economía desestima a la ética como límite obligatorio de lo intercambiable en el mercado. De modo tal que un enfoque exclusivamente economicista y lucrativo de la empresa es insuficiente o, en ciertos casos, contrario a los derechos humanos. Ignorar este contexto, conlleva a la sacralización del mercado y de una noción de bienestar basada únicamente en la utilidad y el lucro.

En un modelo donde el Estado actúa como garante del bienestar general, los grupos económicos se encuentran condicionados a participar en la economía de modo armónico con los derechos humanos. Por ejemplo, para el Tribunal Constitucional del Perú la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma ciertas responsabilidades, pues la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor de los impactos que la labor empresarial podría generar¹⁴³. De lo contrario, si la actividad

¹⁴¹ PECES-BARBA, G., “Las bases éticas, políticas y jurídicas del orden mundial futuro”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, número 63, 2009, p. 26.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 32–33.

¹⁴³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 03343–2007–PA/TC, emitida el 19 de febrero de 2009, fundamentos jurídicos N° 23 a N° 25.

empresarial genera impactos negativos a los derechos humanos, “se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro pero a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán”¹⁴⁴.

Por otra parte, dado que la transgresión de los derechos o las barreras para su disfrute no provienen necesariamente del poder político sino más bien de los particulares, los derechos humanos actúan como límites al poder privado y despliegan su eficacia en las relaciones entre particulares. En ese sentido, se deben ensayar mecanismos idóneos para exigir a las empresas el respeto por los derechos humanos. Algo semejante ocurre con la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* que, bajo las premisas del efecto irradiación de los derechos y de la primacía de la Constitución, fundamenta el predominio de la fuerza normativa de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

En suma, una idea de responsabilidad empresarial de respeto por los derechos humanos correctamente encauzada, un modelo de desarrollo compatible con los derechos humanos, la indiscutible jerarquía de éstos para limitar los poderes privados y permear las relaciones entre particulares, brindan justificaciones para la garantía de los derechos humanos en la actividad empresarial.

¹⁴⁴ Ibídem, fundamento jurídico N° 24. A su vez: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 0048–2004–PI/TC, emitida el 1 de abril de 2005, fundamento jurídico N° 16.

CAPÍTULO II: PROBLEMAS RELATIVOS A LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

“Dar libertad al fuerte para oprimir al débil, de ningún modo asegura la mayor cantidad posible de libertad en el mundo”¹⁴⁵.

Bertrand Russell

2.1 CONSIDERACIONES SOBRE EL IMPACTO DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS EN LOS TERRITORIOS INDÍGENAS Y SUS PROXIMIDADES

El diagnóstico llevado a cabo en el marco de la elaboración de los "Principios Rectores" reveló que las empresas pueden afectar prácticamente a todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente y no solo un espectro limitado de éstos. Además de los problemas que se presentan en el lugar de trabajo, el estudio concluyó que las empresas también habían perjudicado derechos relacionados con la salud, el derecho a la tierra, la vivienda, el acceso al agua potable y los derechos de los pueblos indígenas, entre otros¹⁴⁶.

A falta de datos oficiales, el equipo liderado por John Ruggie tomó en cuenta el inventario que le facilitó el *Business & Human Rights Resource Centre*, cuya biblioteca en línea contiene información sobre prácticas y políticas de 180 países, y su página web recibe más de medio millón de visitas al mes. El singular diseño y funcionamiento del sistema de casos permite que aquellas acusaciones contra una empresa que revisten la gravedad suficiente como para ser incluidas en las actualizaciones semanales de la página web del Centro, sean consultadas con la empresa denunciada para que ésta responda. De modo específico, se analizaron las alegaciones presentadas entre febrero de 2005 y diciembre de 2007, que ascendieron a 320 casos¹⁴⁷.

¹⁴⁵ RUSSELL, B., *Antología*, Siglo XXI editores, Ciudad de México, 2004, p.33.

¹⁴⁶ Vid. RUGGIE, J. *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*, óp. cit.

¹⁴⁷ Ídem.

En relación al universo de casos analizados por el *Business & Human Rights Resource Centre*, las comunidades alcanzan el 45% en el rubro de personas afectadas por las empresas, frente a los trabajadores (45%) y los usuarios finales (10%). A su vez, América Latina concentra el 18% de reclamaciones o alegaciones que registra el sitio web del Centro, mientras que África alcanza el 22% y Asia y Pacífico el 28%. En cuanto a la participación de las empresas, el 59% de las mismas tuvo una intervención directa en las situaciones que dieron origen a las reclamaciones. Finalmente, en cuanto al sector específico, las industrias extractivas concentran el 28% de denuncias. Los principales problemas que se aprecian guardan relación con procedimientos inadecuados para el reasentamiento de las poblaciones y la seguridad de las personas¹⁴⁸.

Uno de los problemas recurrentes en las alegaciones registradas por el *Business & Human Rights Resource Centre* es el impacto perjudicial de las industrias extractivas en los territorios indígenas o en proximidad de estos. Específicamente, violaciones de los derechos de participación, a la propiedad y al desarrollo, cometidas en el contexto de una actividad extractiva (pesca, hidrocarburos, tala, minería, hidroeléctrica, etcétera). En las últimas décadas, las empresas empezaron a operar en áreas cada vez más remotas, a menudo habitadas por pueblos indígenas, quienes están convencidos de que su supervivencia es solo posible oponiéndose radicalmente a dichas actividades¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Ídem.

¹⁴⁹ En esa línea, Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en un informe presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, reconoció en 2003 lo siguiente: "Nadie se ha preocupado más por estas importantes cuestiones que los propios pueblos indígenas. Un reciente estudio informa de 'las consecuencias desproporcionadas que los pueblos indígenas sufren a causa de los programas de desarrollo, mientras no se reconozcan plenamente sus derechos humanos, y mientras continúen estando marginados en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas'. Además, las poblaciones indígenas sostienen que 'a medida que se intensifican las presiones sobre los recursos de la Tierra, los pueblos indígenas soportan de manera desproporcionada los costos impuestos por las industrias extractivas y consumidoras de recursos, la minería, la explotación del petróleo y el gas, las grandes presas y otros proyectos de infraestructura, la tala y las plantaciones, la prospección biológica, la pesca y la agricultura industriales, y también el ecoturismo y los proyectos de conservación impuestos". CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión de Derechos Humanos, 21 de enero de 2003, E/CN.4/2003/90, párr. 11.

Esta situación corrobora las cifras que registran las oficinas del *Ombudsman* de países como Chile y Perú sobre los conflictos sociales derivados del rechazo al impacto social y ambiental de las industrias extractivas. Así, por ejemplo, el mapa de conflictos socioambientales desarrollado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile en 2012 detectó, entre enero de 2010 y junio de 2012, un total de 97 conflictos de este tipo en el país. De estos conflictos, 31 situaciones se vinculan a los sectores de la minería y 41 con la generación de energía eléctrica. Conjuntamente representan un poco más del 74% del total de los conflictos detectados¹⁵⁰. Algo semejante ocurre en Perú, según los informes de la Defensoría del Pueblo, entre enero y diciembre del 2010, se registró un total de 362 conflictos sociales, de los cuales 95 surgieron ese año (26%), 121 en 2009 (33%), 90 en 2008 (25%), 29 en 2007 (8%), 9 en 2006 (2%) y 18 en 2005 o antes (5%). Durante 2010, la mayoría de conflictos registrados fue de tipo socioambiental (43%). Entre los 362 conflictos sociales registrados en el 2010, 318 casos (88%) se desarrollaron en lugares donde la mayoría de la población vive por debajo la línea de pobreza.¹⁵¹

Estos conflictos sociales tienen como origen ciertas prácticas utilizadas frecuentemente por las compañías que operan en territorios indígenas o en la proximidad de estos que no solo son reprochables moralmente, sino que podrían configurar delitos. En un revelador trabajo, Henry Veltmeyer enumera un conjunto de estas prácticas empresariales¹⁵². En todos los casos, el objetivo de las empresas es neutralizar la participación pública en la toma de decisiones; en específico, obstaculizar la eficacia del derecho a la consulta

¹⁵⁰ Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE CHILE, *Mapa de conflictos socioambientales en Chile*, INDH, Santiago de Chile, 2012.

¹⁵¹ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE PERÚ, *Informe anual de la Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad*, DP, Lima, 2010.

¹⁵² Entre ellas se encuentran: i) visitar la comunidad para recabar información y evaluar la situación local (el grado de oposición, identificar a los líderes a ser cooptados o “neutralizados”) bajo falsos pretextos, como presentarse como miembros de una ONG preocupada por el bienestar de los indígenas; ii) organizar reuniones públicas con ayuda de aliados locales o funcionarios condescendientes; iii) sobornar a funcionarios de gobierno con la promesa de empleos y fondos para desarrollo social; iv) comprar tierras con acceso a las concesiones para “amurallar” sus intereses; v) recurrir a falsas acusaciones, intimidación y amenazas de muerte, e incluso acción paramilitar y asesinatos. Cfr. VELTMEYER, H., “Economía política de la extracción de recursos naturales: ¿nuevo modelo de desarrollo o imperialismo extractivo?”, en *Estudios Críticos del Desarrollo*, volumen 3, número 4, 2013, pp. 34–35.

previa al que hicimos referencia anteriormente en el apartado “Derechos humanos y desarrollo sostenible”.

En un reciente informe, el Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas ha evocado los importantes avances en el reconocimiento de los derechos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, ha advertido que los efectos perjudiciales de la inversión privada son cada vez más generalizados y que los vacíos legales ocasionados por la falta de reconocimiento de los derechos territoriales han facilitado la expropiación arbitraria destinada al desarrollo de proyectos de inversión¹⁵³. En ese sentido, ha instado a los Estados a adoptar legislación para que las empresas domiciliadas en su jurisdicción respondan por las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas en el extranjero en las que han sido responsables o cómplices¹⁵⁴.

Como se desprende de la postura del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas, la tarea de reconocimiento de los derechos indígenas, aunque inconclusa, es alentadora. No obstante, las lagunas normativas en materia territorial y la instauración de deberes jurídicos y obligaciones empresariales en materia de derechos humanos son una tarea pendiente o inconclusa. Objetivamente, las iniciativas que se promueven a menudo son los "Principios Rectores" y los denominados “planes nacionales sobre empresa y derechos humanos”¹⁵⁵.

Al respecto, es reveladora la reflexión que realiza el profesor Germán I. Andrade sobre la proliferación del conflicto socio-ambiental. A su criterio, esta situación “demuestra que actualmente los mecanismos de toma de decisiones podrán ser legales, pero son insuficientes pues una minería transparente requiere nuevas formas de democracia participativa”¹⁵⁶.

¹⁵³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU. Reporte del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas – “Promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho al desarrollo”, 11 de agosto de 2016, A/HRC/33/42, párrs. 24, 25, 28 y 29.

¹⁵⁴ Ídem.

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ ANDRADE, G. I., "Minería: hacia una licencia social", en *Portafolio* (Edición electrónica: 31 de marzo de 2013), disponible en: <https://goo.gl/aVJIsL> (Consulta: 27 de abril de 2017) Coincidentemente, los investigadores Cynthia Sanborn y Juan Luis Dammert han sostenido

En cuanto a los "Principios Rectores" como una alternativa frente a la conflictividad social, alcanza significación el "Principio de Debida Diligencia empresarial en materia de derechos humanos" (Principio Rector 17) que precisa el modo en el que una empresa "debería determinar la información que necesita para comprender los riesgos específicos para los derechos humanos en un momento determinado y un contexto operacional dado, así como las medidas que necesita adoptar para prevenir y mitigar esos riesgos"¹⁵⁷. De ahí que la clave del "Principio de Debida Diligencia empresarial en materia de derechos humanos" sea la necesidad de comprender el punto de vista de las personas que pueden verse afectadas. Por tanto, cuando sea posible y conveniente, por el tamaño de la empresa o su perfil de riesgo en relación con los derechos humanos, debe recurrirse a la "consulta directa" con quienes pueden verse afectados, o sus representantes legítimos, "a fin de calibrar los riesgos (reales o potenciales) en materia de derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales" (Principio Rector 18)¹⁵⁸.

En ese sentido, la empresa podría contar con mayores elementos para anticipar la posición de quienes pueden verse afectados por las actividades extractivas y disminuir así las probabilidades de que estalle un conflicto

que, en el caso peruano, "tanto la expansión física y económica de las industrias extractivas como la minería, y los impactos desiguales que esta ha tenido en su entorno, han sembrado en varias regiones un clima de tensión y conflictividad". SANBORN, C. y DAMMERT, J., *Extracción de recursos naturales, desarrollo económico e inclusión social*, Informe reparado para Americas Quarterly, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2013, p. 12. En igual sentido: ARELLANO, J., *¿Minería sin fronteras?*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2011; ECHAVE, J. de, DIEZ, A., HUBER, L., REVESZ, X., y TANAKA, M., *Minería y conflicto social*, CBC, CIPCA, CIES e IEP, Lima, 2009. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido, en un caso relacionado al Proyecto Minero Conga situado en la Región Cajamarca, lo siguiente: "Los dramáticos y penosos casos ponen en manifiesto la intensidad de los daños ocasionados y el entendible temor y suspicacias que los proyectos mineros causan en los pobladores de las zonas aledañas a estos proyectos. En consecuencia, la resistencia a tales proyectos tiene una historia que no puede, de buenas a primeras, ponerse a un lado. La desconfianza frente a los proyectos mineros no debe ser comprendida como expresión de intolerancia ni de intransigencia; es tan solo una predisposición como consecuencia de determinadas experiencias de una comunidad. Esta situación se transvasa a cualquier dialogo que sobre la materia se plantee, por lo que ignorarla o menospreciarla, no significará la politización del problema". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 0001-2012-PI/TC, emitida el 17 de abril de 2012, fundamento jurídico N° 66.

¹⁵⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*. Documento HR/PUB/12/2. New York: Organización de las Naciones Unidas, 2012, p. 36.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 38.

socioambiental. Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas considera que:

La alteración de unas tierras que pertenecen a una comunidad indígena, aunque no se cultivan ni se explotan de ninguna otra forma con fines económicos, puede parecerle a la empresa una consecuencia poco importante para el derecho de propiedad que puede resolverse fácilmente mediante una indemnización o la permuta por otras tierras; mientras que la comunidad indígena puede considerar que el impacto es mucho mayor por la función que esa tierra desempeña en su cultura, sus tradiciones y sus creencias”¹⁵⁹.

Razón por la cual, el profesor John Ruggie ha sostenido que la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007, contiene una serie de cuestiones que deberían incluirse en un eventual tratado internacional sobre empresa y derechos humanos¹⁶⁰.

Por otra parte, en relación a los denominados “planes nacionales sobre empresa y derechos humanos”¹⁶¹, cierto número de estas políticas públicas engloba objetivos y acciones estratégicas que directa o indirectamente están encaminadas a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, frente al impacto perjudicial de las industrias extractivas en los territorios indígenas o en proximidad de estos. Por ejemplo, el Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y Empresas de Colombia de 2015 reconoce entre sus líneas de acción el rol garante del Estado en “la identificación de los problemas existentes en los procesos de consulta previa con la finalidad de optimizar sus resultados”¹⁶². De igual modo, el borrador del Plan de Empresa y Derechos Humanos del Gobierno de España de 2014 (pendiente de aprobación) expone de modo indubitable el compromiso que tienen los poderes públicos en “mantener actualizadas las normas que regulan la relación de las

¹⁵⁹ Ibídem, p. 51.

¹⁶⁰ Cfr. RUGGIE, J. *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*, óp. cit., p. 20.

¹⁶¹ Pueden ser definidos como las políticas públicas de carácter intersectorial y formulación interdisciplinaria que se diseñan e implementan con el objetivo de promover un conjunto de acciones y objetivos estratégicos en materia de empresa y derechos humanos,

¹⁶² Cfr. COLOMBIA, Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y Empresas de Colombia, disponible en: <https://goo.gl/LHXVVG> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

empresas con los pueblos indígenas” (medida 6) y la responsabilidad empresarial de realizar “campañas de sensibilización sobre los colectivos con mayores riesgos de vulnerabilidad en los diferentes niveles de decisión de la empresa”, incluidos los consejos de administración y otros órganos directivos (medida 8)¹⁶³.

En ese sentido, el Reino Unido en su política “Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights” (2013) incide en la promoción de “medidas de sensibilización en la lucha contra los impactos negativos de la actividad empresarial”, en particular sobre los derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad como los pueblos indígenas. Esta labor se extiende a las misiones diplomáticas del Reino Unido en países con especial interés (Eje 3 –La responsabilidad de las empresas del Reino Unido en el respeto por los derechos humanos– del referido plan)¹⁶⁴.

No obstante lo anterior, las medidas que se adoptan resultan insuficientes o brindan soluciones parciales y ocasionales al problema y sus múltiples dimensiones. La razón que se postula aquí es el estado actual de la globalización económica y la proliferación de poderes “salvajes” e “irresponsables”. Antonio Madrid dirá al respecto que, “mientras los poderes responsables se mueven en el campo de las obligaciones y es en relación a ellas que se puede plantear en serio la lógica de los derechos y los deberes, los poderes irresponsables utilizan el lenguaje de los deberes de forma propagandística”¹⁶⁵.

Ante la complejidad de la situación y las limitadas opciones de solución, los poderes públicos acaban desistiendo de regular las cuestiones relacionadas a la actividad empresarial y los derechos humanos y ceden dicha facultad a los poderes privados quienes han optado por la autorregulación, que implica control, regulación y dirección por el mercado, y otras formas edulcoradas

¹⁶³ Cfr. ESPAÑA, Plan de Empresa y Derechos Humanos del Gobierno de España de 2014 (pendiente de aprobación), disponible en: <https://goo.gl/IJ8TWf> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

¹⁶⁴ Cfr. REINO UNIDO, Good Business. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, disponible en: <https://goo.gl/TlzxUN> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

¹⁶⁵ MADRID, A., “Poderes irresponsables: la reconfiguración contemporánea del concepto político jurídico de responsabilidad”, en ESTÉVEZ, J. y MESSINA, G. (Editores), *La democracia en bancarrota*, Trotta, Madrid, 2015, p. 126.

como la Responsabilidad Social Corporativa. En esa línea argumental, la responsabilidad social empresarial no es más que la constatación de un déficit de regulación jurídica¹⁶⁶ y, en consecuencia, es fácil que sea autocomplaciente¹⁶⁷. Por el contrario, los derechos humanos no pueden quedar condicionados, a diferencia de la responsabilidad social, a la voluntad de la empresa: su observancia debe ser obligatoria y no puede estar sujeta a la existencia o no de incentivos de mercado¹⁶⁸.

Posiblemente, en la implementación de una herramienta jurídicamente vinculante, confiada a la fortaleza institucional de un órgano del Estado, que actúe con autonomía y eficiencia, se encuentra el remedio a una serie de patologías que emergen durante las actividades empresariales, en general, y las extractivas en los territorios indígenas o en proximidad de estos, en particular. Baste como muestra la asimetría de información en los proyectos de desarrollo industrial, el abuso de poder por parte de las empresas o la financiación de cuerpos de seguridad ilegales.

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el caso *Kaliña y Lokono vs. Surinam* que “toda empresa debe actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsable por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”¹⁶⁹. En este sentido, los Estados deben “proteger los derechos humanos contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto, deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer”¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Cfr. LÓPEZ-FRANCOS, A., óp. cit., p. 73.

¹⁶⁷ Cfr. GÓMEZ-GALÁN, M., SAINZ, H., ALBARRÁN, M. y NIEBLAS, M., *Derechos Humanos y Empresas. Avances desde España*, Fundación CIDEAL de Cooperación e Investigación, Madrid, 2015, p. 12.

¹⁶⁸ Cfr. CUESTA, M. de la, VALOR, C. y HOLGADO-TELLO, F., “Aproximación a la medición del compromiso de las empresas con los derechos humanos: un análisis de las empresas españolas del IBEX 35”, en *Innovar*, número 21, 2011, pp. 197–207.

¹⁶⁹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 224.

¹⁷⁰ Ídem.

Como se ha sugerido en el apartado “Los derechos humanos como límites al poder privado”, el debate sobre la eficacia de los derechos humanos frente a la actividad empresarial atraviesa serios escollos como la mutación de la concepción clásica de soberanía nacional y la extraterritorialidad normativa, inherentes al proceso de globalización donde han surgido nuevos actores supraestatales (Vgr. OCDE y OMC)¹⁷¹. En ese sentido, la profesora Martín–Ortega advierte lo siguiente:

La homogeneidad de la estructura tradicional de la comunidad internacional –un sistema interestatal, donde Estados iguales y soberanos son los principales sujetos de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional– da paso a un complejo y diverso escenario donde juegan distintos actores, debilitando el dominio del Estado en la adopción de decisiones¹⁷².

Habría que decir también, siguiendo a Antonio Madrid, que todo esfuerzo encaminado a alcanzar un equilibrio entre poder empresarial y regulación a favor de los derechos humanos debe tomar en consideración que las empresas transnacionales: i) actúan a nivel internacional en países con políticas y legislaciones muy variadas; ii) poseen gran capacidad de acción productiva, tecnológica, financiera, económica, comunicativa y cultural; iii) son comprendidas por ciertos Estados y sus poblaciones como una extensión territorial de su soberanía; por consiguiente, merecen su asistencia incondicionada; iv) tienen una capacidad económica superior a la de muchos Estados en los que desarrollan su actividad; y v) las empresas transnacionales no deben ser tratadas del mismo modo que las pequeñas y medianas empresas¹⁷³.

¹⁷¹ En ese orden de ideas, Boaventura de Sousa Santos considera que algunas competencias normativas en materia económica–financiera se extraterritorializan, mientras las cuestiones relativas a los derechos humanos se someten a una desregulación. Los derechos económicos de ciertas minorías son tutelados eficazmente, pero los derechos de las mayorías se remiten a normas efectivas vinculadas al *soft law* Cfr. SOUSA SANTOS, B. “Colombia: el revés del contrato social de la modernidad”, en SOUSA SANTOS, B. y GARCÍA, M., *El caleidoscopio de la justicia en Colombia: análisis socio–jurídico*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2001, pp. 11–53.

¹⁷² MARTÍN–ORTEGA, O., *Empresas multinacionales y derechos humanos en Derecho Internacional*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 30.

¹⁷³ Cfr. MADRID, A., “Los deberes de las corporaciones transnacionales”, óp. cit., pp. 195–196.

2.2 EL DERECHO FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

La profesora María José Fariñas reconoce que “globalización” es un término polisémico y pluridimensional, al que se recurre con frecuencia para expresar diferentes facetas de un mismo proceso¹⁷⁴. En ese sentido, para la citada académica el proceso de globalización se revela como “la desaparición simbólica de las fronteras estatales o, al menos, la permeabilidad de las mismas, es decir, la ‘desterritorialización’ de los centros de decisiones políticas y económicas; así como la descentralización espacial de los procesos productivos, distributivos y de consumo”¹⁷⁵. Sobre el particular, conviene subrayar que Anthony Giddens, connotado sociólogo británico, modificó las concepciones iniciales que de modo optimista había formulado sobre la globalización, calificándola—ulteriormente como “una ideología propagada por librecambistas que quieren dismantelar los sistemas de bienestar y recortar los gastos estatales”¹⁷⁶.

Son muchos los aspectos culturales, económicos, políticos y jurídicos afectados por la globalización¹⁷⁷. No obstante, como afirma Hernández Zubizarreta, deben distinguirse los efectos de la globalización (diversificación de la producción, las innovaciones tecnológicas, etcétera) de la gestión de la misma y las consecuencias que ésta produce, pues una cosa es el carácter

¹⁷⁴ FARIÑAS, M. J., *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” N° 16, Dykinson, Madrid, 2000, p. 10.

¹⁷⁵ Ídem. En igual sentido: FARIÑAS, M. J., “De la globalización económica a la globalización del Derecho: los nuevos escenarios jurídicos”, en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, volumen 8, enero – junio de 2000, pp. 179–194; y RIBOTTA, S., “Globalización versus Derechos Humanos. ¿Pueden configurarse los Derechos Humanos como una estrategia emancipadora en el actual contexto de globalización neoliberal?”, en *Revista Futuros. Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable*, volumen 1, número 3, pp. 3–15.

¹⁷⁶ GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000, p. 21. Previamente, Giddens definió la globalización como: “la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo, por las que se enlazan lugares lejanos de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia”. En: GIDDENS, A., *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1993, pp. 67–68.

¹⁷⁷ Fariñas señala categóricamente que la denominada “globalización cultural” representa “el aspecto más profundo de la dominación porque penetra en la vida íntima de los espíritus, destruyendo su originalidad y su identidad. Incluso, las personas perciben mucho más fácilmente la agresión cultural que, por ejemplo, la agresión económica. La globalización cultural atenta, pues, directamente contra el igual derecho a la libertad, a la identidad y a la diferencia propia de las personas y de los pueblos”. En: FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 86.

descriptivo de determinados procesos y otra muy distinta la ideología que subyace a éstos¹⁷⁸.

En cuanto a la gestión de la globalización, tres han sido las reformas que principalmente han favorecido la implementación, consolidación y expansión del mercado como paradigma económico mundial: i) la creación de un mercado mundial de capitales, ii) la drástica reducción de barreras comerciales y iii) el impulso del sector privado en la economía como política económica generalizada¹⁷⁹.

Francisco Javier Ansuátegui dirá que, “si la universalidad de los derechos se vincula al progreso moral, a un ideal de emancipación humana, la globalización no supone necesariamente universalidad de los derechos”¹⁸⁰. En

¹⁷⁸ HERNÁNDEZ, J., *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: historia de una asimetría normativa de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Observatorio de las Multinacionales en América Latina y la Universidad del País Vasco, Madrid y Bilbao, 2009, pp. 45–46.

¹⁷⁹ LARRAÑAGA, P., “Globalización, regulación económica y teoría del Derecho”, en GARCÍA FIGUEROA, A. (Coordinador), *Racionalidad y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 326. Estas medidas se enmarcan en un programa político que, a criterio de Roberto Mangabeira Unger, puede definirse en los siguientes términos: “En su forma más abstracta y universal, el neoliberalismo es el programa comprometido con la estabilización macroeconómica ortodoxa, especialmente a través del equilibrio fiscal obtenido por la contención del gasto público y no por el aumento de la recaudación de impuestos; con la liberalización, en la forma de creciente integración al sistema de comercio mundial y sus reglas establecidas; con la privatización, entendida más de cerca como el retroceso del Estado en la producción y, en términos más generales, con la adopción de los estándares del Derecho privado occidental y el despliegue de políticas sociales compensatorias (“redes de seguridad social”) creadas para contrarrestar los efectos de la desigualdad que genera la ortodoxia”. MANGABEIRA UNGER, R., “O neo liberalismo e seus descontentes”, en MANGABEIRA UNGER, R., *Democracia realizada. A alternativa progressista*, Boitempo Editorial, Sao Paulo, 1999, p. 49. (Traducción propia) En ese orden de ideas, Grear y Weston subrayan que “impulsadas por la ascendencia ideológica del neoliberalismo, las transnacionales dominan virtualmente todo el orden jurídico internacional, influyendo en las instituciones internacionales clave y ganando un control estructural excesivo”. GREAR, A. y WESTON, B. H., “The Betrayal of Human Rights and the Urgency of Universal Corporate Accountability: Reflections on a Post – Kiobel Lawscape”, en *Human Rights Law Review*, volumen 15, número 15, p. 25.

¹⁸⁰ ANSUÁTEGUI, F. J., “Derechos humanos y empresa en el contexto de la internacionalización”, *óp. cit.*, p. 7. Previamente, el profesor Javier de Lucas señaló lo siguiente: “Quisiera comenzar recordando que globalización no es universalización (de los derechos), en el sentido en el que, en mi opinión, cabe hablar de universalismo, esto es, como ideal de emancipación humana, y en ese sentido como progreso moral. Es más, podría decirse que el modelo de la globalización es incompatible con el proyecto de la universalidad del mismo modo o por razones muy similares (si se permite la analogía, que no es tan impropia como pudiera parecer a primera vista) a las que nos permiten decir que la lógica del mercado, cuya extensión global es el emblema del proyecto globalizador, es incompatible con la lógica de los derechos universales de los seres humanos”. Cfr. LUCAS, J. de, “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)”, en *Jueces para la Democracia*, número 32, 1998, pp. 3–9. De modo crítico, María José Fariñas advierte sobre la particular cuestión de los derechos de los que se habla cuando se habla de globalización. A su criterio, esta enumeración de derechos está definida por el modelo

ese orden de ideas, para el profesor Rafael de Asís, si bien los derechos humanos son elementos configuradores del sistema jurídico internacional, la globalización ha diluido su eficacia debido a la inexistencia de una estructura de poder político que haga posible su reconocimiento y desarrollo a escala mundial¹⁸¹. En ese sentido, considera que la globalización ha producido, entre otras cosas, “una proliferación de instancias de poder privado ausentes de control jurídico alguno”¹⁸², lo cual pone de manifiesto “cómo las relaciones internacionales se encuentran, en algunos temas, en una especie de Estado de Naturaleza”¹⁸³.

En cuanto a los derechos sociales, habría que decir también que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera que las normas de alcance global reflejan un desequilibrio entre lo mercantil y lo social. Efectivamente, la OIT expresa que:

neoliberal y sus modos específicos de producción, es decir, la libertad de elección, la propiedad privada y la seguridad (Cfr. FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, óp. cit., p. 104) Estos derechos se convierten en el fundamento de los otros posibles derechos humanos reconocidos (Ídem). Para la referida académica: “La aprobación privatista de [la justicia] identifica la libertad con el mercado porque se considera que el mercado es el único espacio formal para la libre actuación y la libre elección de los individuos: ¡el mercado es la libertad! Y la libertad se reconduce a mera libertad contractual, formal y negativa. Todo individuo es igualmente libre de decidir si contrata o no, libre de escoger con quién quiere contratar y libre de establecer las condiciones del contrato. Pero el mercado, su libertad y su igualdad contractual se encuentran, actualmente, más adaptados a las necesidades de las empresas y organizaciones transnacionales que a las necesidades de los seres humanos. [En suma, los derechos humanos son utilizados] a la medida de los intereses particulares de las relaciones capitalistas globales. Se pretende reducirlos a su formulación originaria, buscando únicamente la seguridad del funcionamiento del mercado y de sus instituciones”. FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, óp. cit., pp. 111–112.

¹⁸¹ Cfr. ASÍS, R. de, “Los derechos humanos en un mundo globalizado”, en FERNÁNDEZ–MARTOS, J. M., MIRALLES, F. y GONZÁLEZ, B. (Coordinadores), *Lo global y lo cercano en el corazón de la Universidad*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, p. 69.

¹⁸² Ídem.

¹⁸³ Ídem. Efectivamente, el referido teórico ha recalcado lo siguiente: “La historia de los derechos nos demuestra cómo su satisfacción depende de la existencia de un sistema jurídico político y, por tanto, en primer lugar, como requisito necesario pero no suficiente, la existencia de un Poder soberano que apoye un sistema jurídico racional y predecible, compuesto de normas con cierta estabilidad que vinculen a los diferentes órganos e instituciones políticas, que atribuyan competencia a ciertas instituciones para su cambio y para la adjudicación de sanciones en casos de incumplimiento. Se necesita un sistema jurídico que cuente al menos con normas públicas, estables e irretroactivas, con criterios formales de identificación de dichas normas y al que estén sujetos los poderes e instituciones. Se necesita la configuración de un Poder judicial internacional presidido por el principio de imparcialidad y que respete las exigencias del proceso debido. La construcción de un Estado de Derecho Internacional es por tanto un paso necesario”. ASÍS, R. de, “Los derechos humanos en un mundo globalizado”, óp. cit., pp. 69–70.

Las normas e instituciones económicas prevalecen sobre las normas e instituciones sociales; y las realidades globales están poniendo a prueba la eficacia de las propias normas e instituciones actuales. Se ha liberalizado el comercio de los productos manufacturados, mientras sigue el proteccionismo en el sector agrícola. Con demasiada frecuencia las políticas internacionales se aplican sin tener en cuenta las especificidades nacionales. El desequilibrio de las normas globales puede agudizar las desigualdades iniciales. En la actualidad, las normas que rigen el comercio mundial favorecen con frecuencia a los ricos y poderosos, y pueden perjudicar a los pobres y débiles, ya se trate de países, empresas o comunidades¹⁸⁴.

Para Hernández Zubizarreta todo esto parece confirmar que “sobre la globalización económica y su influencia en el núcleo de los ordenamientos jurídicos se ubica la fortaleza de las empresas transnacionales y las dificultades para desplegar un control jurídico eficaz”¹⁸⁵.

De este modo, el poder de algunas empresas transnacionales ha excedido el poder de muchos Estados y ejercen una inmensa influencia sobre la vida material, económica y política de millones de seres humanos y sobre las expectativas de vida y ecosistemas en general. En ese orden de ideas, los Estados se ven forzados a modificar sus legislaciones, haciéndolas menos proteccionistas hasta el punto de competir entre ellos, para conseguir el mayor caudal de inversionistas extranjeros.

Para Francisco Zamora Cabot y Maria Chiara Marullo estas circunstancias hacen que sea casi imposible responsabilizar a las empresas transnacionales por sus actos, lo cual plantea, entre otras cosas, una paradoja peculiar: las

¹⁸⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, OIT, 2004, p. 4. Sobre el particular, María José Fariñas insistirá que la globalización postula la consolidación de una “nueva división internacional del trabajo, basada en sistemas productivos flexibles y desregularizados jurídica y socialmente” (FARIÑAS, M. J., *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, óp. cit., p. 14.) a partir, fundamentalmente, “de la reducción de costos en salarios y gastos sociales del Estado; lo cual convierte a los países periféricos en viveros de manos de obra barata y poco cualificada”. Ídem. En esa misma línea: AMIN, S., *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona, 1999.

¹⁸⁵ HERNÁNDEZ, J., *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: historia de una asimetría normativa de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Observatorio de las Multinacionales en América Latina y la Universidad del País Vasco, Madrid y Bilbao, 2009, p. 49.

mismas empresas que reclaman y obtienen todo tipo de derechos, por ejemplo en lo que respecta a la financiación de sus proyectos y a la solución de sus diferencias con los Estados de acogida en materia de inversiones, se rehúsan a cumplir los mandatos del Derecho Internacional, o incorporar en sus actividades la obligación de respeto por los Derechos Humanos, incluidas la relacionada con la protección del medio ambiente¹⁸⁶. Las empresas estarían configurando un mundo hecho para su beneficio exclusivo, donde tienen una inmensa capacidad de influir en las políticas gubernamentales, disfrutan de un estatus envidiable, gozan de derechos y están protegidos por un potente aparato financiero que les permite planificar y realizar sus proyectos, respetando sólo las pocas obligaciones que están dispuestas a asumir en materia de derechos humanos¹⁸⁷.

Esta referencia a la regulación y, sobre todo, la adscripción de juicios valorativos respecto de su tesitura, no es casual. El quid de la cuestión radica en la razonabilidad con la que las políticas regulatorias son aplicadas a las actividades empresariales que se llevan a cabo en un escenario globalizado. Para Pablo Larrañaga, el vocablo “regular” equivale a la actividad de estructurar, controlar y dirigir un conjunto de elementos normativos e institucionales sobre la base de un principio o, por lo general, un conjunto de principios¹⁸⁸.

En ese orden de ideas, Pablo Larrañaga dirá que en la actualidad la regulación tiene por objetivos: i) crear mercados, ii) proteger mercados y iii) perfeccionar mercados¹⁸⁹. En el primer caso, el referido autor dirá que la regulación establece derechos de exclusión respecto de bienes susceptibles de ser intercambiados, crea estructuras que hacen estables los intercambios voluntarios y remueve obstáculos que desincentivan la contratación. En segundo lugar, Larrañaga sostiene que la política regulativa protege mercados cuando desincentiva la transferencia forzosa de bienes económicos y establece mecanismos de resolución de conflictos. Finalmente, el citado académico

¹⁸⁶ Cfr. MARULLO, M. C. y ZAMORA, F. J., “Transnational Human Rights Litigations. Kiobel’s Touch and Concern: A Test Under Construction” en HURI-AGE, volumen 1, 2016, p. 5.

¹⁸⁷ Ídem.

¹⁸⁸ LARRAÑAGA, P., óp. cit., p. 324.

¹⁸⁹ Cfr. LARRAÑAGA, P., óp. cit., pp. 328–329.

afirma que la regulación perfecciona o corrige mercados cuando, a través de leyes y reformas institucionales, hace más eficientes a los mercados¹⁹⁰.

Como se aprecia, la función primordial de la regulación jurídica es la de posibilitar el funcionamiento del mercado. No obstante, se ha avanzado poco en el objetivo de “limitar mercados”, en el entendido de que existen ciertos tipos de problemas que los mercados no pueden resolver, tales como la inestabilidad de los ciclos económicos y las externalidades. Aquellas empresas que operan a escala global carecen de una regulación diseñada a esa misma escala que reduzca los abusos que cometen. John Ruggie dirá: “incluso allí donde existen leyes que prohíben conductas abusivas, lo que no siempre es el caso, muchas veces los Estados no las aplican, ya sea porque no tienen la capacidad para ello, por miedo a las consecuencias competitivas que esto les acarrearía o porque sus líderes subordinan el bien público a las ganancias privadas”¹⁹¹.

Todas estas observaciones se relacionan, por ejemplo, con la existencia de “zonas de exclusión”, determinadas estratégicamente por los Estados, que tienen por objetivo promover el desarrollo económico en una fracción de su territorio, concediendo beneficios de índole judicial, fiscal y económica a cambio de inversión privada. Conforme a lo señalado, podemos referir las denominadas Zonas de Empleo y Desarrollo Económico (ZEDE) incorporadas en la Constitución Política de Honduras (artículos 304 y 329)¹⁹². Sin embargo,

¹⁹⁰ Ídem.

¹⁹¹ RUGGIE, J. *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*, óp. cit., p. 14.

¹⁹² “Artículo 329.- [...] El Estado puede establecer zonas del país sujetas a regímenes especiales los cuales tienen personalidad jurídica, están sujetas a un régimen fiscal especial, pueden contraer obligaciones en tanto no requieran para ello la garantía o el aval solidario del Estado, celebrar contratos hasta el cumplimiento de sus objetivos en el tiempo y durante varios gobiernos y gozan de autonomía funcional y administrativa que deben incluir las funciones, facultades y obligaciones que la Constitución y las leyes le confieren a los municipios. [...] Para la solución de conflictos dentro de las zonas del país sujetas a regímenes especiales, el Poder Judicial por medio del Consejo de la Judicatura debe crear tribunales con competencia exclusiva y autónoma sobre éstos. Los jueces de las zonas sujetas a jurisdicción especial serán propuestos por las zonas especiales ante el Consejo de la Judicatura quien lo nombrará previo concurso de un listado propuesto de una comisión especial integrada en la forma que señale la Ley Orgánica de estos regímenes. La Ley puede establecer la sujeción a arbitraje obligatorio para la solución de conflictos de las personas naturales o jurídicas que habiten dentro de las áreas comprendidas por estos regímenes para ciertas materias. Los Tribunales de las zonas sujetas a un régimen jurídico especial podrán adoptar sistemas o tradiciones jurídicas de otras partes del mundo, siempre que garanticen igual o mejor los principios constitucionales de protección a los Derechos Humanos previa aprobación del Consejo Nacional”. HONDURAS. Constitución Política, reformada por Decreto No. 236-2012, de fecha 23 de enero de 2012, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 33,033 del 24 de enero de 2013. Ratificado por

en la línea de las objeciones a las políticas regulatorias indulgentes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha documentado en sendos informes los abusos cometidos por las empresas que operan en las ZEDE, llamadas generalmente como “ciudades modelo”, en Honduras, específicamente en relación a las mujeres trabajadoras en las maquilas y las comunidades Garífuna de la costa norte del país.

En el primer caso, la CIDH recibió información preocupante sobre la situación de las trabajadoras de las maquilas en las empresas transnacionales adscritas a los regímenes especiales, quienes enfrentan una serie de vulneraciones a sus derechos a la integridad física y a la falta de condiciones seguras de trabajo debido a una serie de factores, entre los que destacan extenuantes jornadas laborales más allá de lo legalmente permitido, secuelas para su salud y bajas remuneraciones, como consecuencia de una falta de supervisión del Estado¹⁹³. Por otro lado, en cuanto al pueblo garífuna, la Comisión Interamericana denunció que la ley que crea las ZEDE ha colocado a estas comunidades tribales en un peligro inminente de ser expulsadas de sus territorios ancestrales pues algunas de las “ciudades modelo” abarcan territorios garífunas, las cuales no fueron consultadas conforme a los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado hondureño en 1994¹⁹⁴.

En otras palabras, como reconoce Pablo Larrañaga, el ideal de la regulación del mercado global radica en “diseñar un sistema regulativo de un orden económico mundial que tenga como fundamento la igualdad de oportunidades de participación económica, cuya operación reduzca efectivamente la diferencia entre los individuos en sus capacidades económicas para procurar sus propios objetivos particulares y colectivos”¹⁹⁵.

A nuestro juicio, en todos estos escenarios, el Estado deberá asumir la centralidad en la solución de los problemas generados por la globalización,

Decreto No. 9–2013, de fecha 30 de enero de 2013, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 33,080, de fecha 20 de marzo de 2013.

¹⁹³ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Situación de los derechos humanos en Honduras, documento oficial OEA/Ser.L/V/II. Doc.42/15, aprobado el 31 de diciembre de 2015, párrs. 405 y sgtes.

¹⁹⁴ Ídem.

¹⁹⁵ LARRAÑAGA, P., óp. cit., p. 339.

toda pretensión que tenga como fin diluir la figura de las instituciones y el poder político deberá descartarse. En ningún caso el Estado podrá claudicar al rol tutelar de los derechos humanos. En ese sentido, las empresas transnacionales pueden coadyuvar a la actividad regulatoria, sin que ello suponga suprimir o relevar a los órganos estatales en su función legislativa. Al respecto, las Naciones Unidas han reconocido que, si bien la globalización puede afectar a los derechos humanos, entre otras cosas porque repercute en la función del Estado, la promoción y protección de todos los derechos humanos es, ante todo, responsabilidad del Estado¹⁹⁶.

Como recuerda el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en un revelador informe:

Los Estados se han comprometido a respetar, proteger y realizar los derechos humanos dentro de cada país, en cualquier contexto, como el de la liberalización de las inversiones. Por otro lado, se han comprometido a cooperar y prestar asistencia internacionalmente para promover los derechos humanos y crear un orden social e internacional en base al cual se puedan realizar a cabalidad todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. La consideración de la liberalización de las inversiones desde el punto de vista de la promoción y protección de los derechos humanos es una nueva aportación al debate. Si bien es cierto que dicha liberalización reduce en cierta medida el campo de acción y el alcance de las políticas de los Estados con respecto a los inversionistas y las inversiones, al tomar en cuenta los derechos humanos se hace hincapié en que con la liberalización no se debe llegar hasta comprometer la acción y las políticas estatales de promoción y protección de los derechos humanos. En la medida en que los acuerdos de inversión se refieran a cuestiones de derechos humanos, los Estados tienen el deber de reglamentar (el deber de realizar los derechos humanos)¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *La globalización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos*, resolución aprobada por la Asamblea General en su quincuagésimo noveno período de sesiones, A/RES/59/184 (8 de marzo de 2005)

¹⁹⁷ Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, "Los derechos humanos, el comercio y las inversiones", Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2 de julio de 2003)

Como se verá a continuación, parece ser que el principal problema con la regulación es que ésta decidió recorrer la senda de la máxima neoliberal “Dejar hacer, dejar pasar”, pese a que la globalización económica ha puesto en evidencia que el mercado puede crear, simultáneamente, zonas de abundancia y de pobreza.

2.2.1 El impacto del mercado en la creación normativa

La globalización promueve una dinámica singular que pone en entredicho las clásicas formas de creación normativa¹⁹⁸. La denominada *Lex Mercatoria*¹⁹⁹ ha modificado, por un lado, la concepción que teníamos sobre la soberanía estatal como generadora del Derecho y, por otro, el Derecho nacional ha sufrido una considerable transformación en lo relativo a sus fuentes, debido al impacto de las empresas transnacionales. Como sostiene Pedro Mercado, “el Estado cada vez es menos capaz de mirar a la economía y a la sociedad en su conjunto, de expresar una política que tenga los caracteres de globalidad y de intervención efectiva”²⁰⁰; y, por tanto, asoma como uno más de los elementos del sistema “que interactúan en el sistema económico pero que ha perdido la capacidad de definir el cuadro global de referencia de la actividad económica”²⁰¹.

Al respecto, María José Fariñas estima sobre el proceso de globalización que éste “ha hecho quebrar muchos de los consensos básicos que han caracterizado a la cultura de la legalidad de la era moderna. Fundamentalmente, el papel regulador del Estado en las actuales relaciones sociales y económicas, así como su centralidad política, y el papel supervisor

¹⁹⁸ María José Fariñas dirá que “el papel del Estado nacional como coordinador único y soberano de la regulación social pasa necesariamente por un proceso de fragmentación [...] que le conduce a admitir otras instancias de regulación jurídica transnacionales o locales, es decir, nuevas e inevitables formas de pluralismo jurídico”. FARIÑAS, M. J., *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, óp. cit., p. 33.

¹⁹⁹ Acerca de la denominada *Lex Mercatoria*, podemos afirmar que ésta agrupa en el ámbito mercantil un conjunto de usos y principios internacionales, disposiciones de derecho interno, contratos, normas multilaterales de la Organización Mundial del Comercio –incluyendo los laudos arbitrales emanados de su Sistema de Solución de Diferencias– y directivas del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Como se aprecia, se trata de un tejido normativo meridianamente coherente y acabado.

²⁰⁰ MERCADO, P., “Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 9, año 2005, p. 131.

²⁰¹ Ídem.

de los organismos internacionales”²⁰². En el mismo sentido, para Fernández Rosas:

El desenvolvimiento de esta nueva *lex mercatoria* de proyección universal constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el Derecho privado de la Economía, como vía de superar las insuficiencias del “método clínico” de los conflictos de leyes y de los modestos resultados alcanzados por el “método preventivo” de la elaboración de un Derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al arbitraje [...]. Por eso, esta nueva *lex mercatoria* se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad y de la autorregulación en este sector²⁰³.

Este signo distintivo, propio del Derecho de los contratos²⁰⁴, supone también un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos nacionales en el caso de la regulación de las relaciones económico–privadas internacionales. Al respecto, López Ruiz advierte lo siguiente:

Tradicionalmente, la potestad legislativa se ha considerado como atributo esencial de la soberanía estatal. La ley responde, de un lado, al principio de legitimación democrática y, de otro, la ley está subordinada a la Constitución en un doble plano: el formal-racional (autoritativo) y el racional-material o valorativo (justificatorio) derivado de la supremacía de la Constitución. Sin embargo, la complejidad e interdependencia de las

²⁰² FARIÑAS, M. J., “Globalización y cultura de la legalidad”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, número 2, 2012, p. 112.

²⁰³ FERNÁNDEZ, J. C., “Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales”, en GONZÁLEZ, J. V. (Director) *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII. *Comercio exterior*, Iustel, Madrid, 2009, p. 107.

²⁰⁴ Pedro Mercado afirma que el contrato ocupa hoy el sitio que poseía la ley para organizar la sociedad civil, bien mediante autorregulaciones (como ejemplifica la multiplicación de los códigos de conducta de las empresas bursátiles y transnacionales), bien mediante la delegación en organismos privados de la sociedad civil de la elaboración de normas a las que *a posteriori* el Estado convalida. Cfr. MERCADO, P., “Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?”, *óp. cit.*, p. 133.

sociedades políticas modernas afectan directamente al monopolio de la creación del Derecho por el Estado. La ley, expresión de la soberanía interna, ha de convivir con un conjunto heterogéneo de reglas y sistemas jurídicos provenientes de instancias supranacionales públicas y privadas. En este proceso de globalización, la Constitución se ve afectada a través de las cesiones de soberanía a organismos internacionales²⁰⁵.

En ese sentido, se distinguen dos espacios en que se ha relevado al Estado de su función normativa en el i) ámbito nacional, pues con mayor frecuencia la soberanía estatal queda restringida a la convalidación de las directivas que emiten los organismos internacionales y en el ii) ámbito internacional, donde la primacía del Estado en la formulación normativa cede ante las empresas transnacionales, los organismos financieros internacionales y sus mecanismos alternativos de solución de conflictos y de autorregulación. En ese orden de ideas, Francisco Laporta, en un opúsculo donde inicialmente llama la atención sobre el Estado de Derecho como condición de posibilidad de la economía en las formulaciones de Thomas Hobbes, Mancur Olson y James Buchanan, sostendrá que:

Uno de los aspectos más inquietantes de esa nueva condición de mercado de ordenamientos que tiene la globalización como proceso es que al actor global lo que le interesa de las normas jurídicas bajo las que prefiere cobijarse es simplemente que sean eficaces y estén en vigor. No cuestiona su legitimidad. Si son convenientes para él acude a amparar su actividad bajo ellas. Desde esta perspectiva la globalización puede ser un proceso de consolidación y apoyo de regímenes políticos ilegítimos²⁰⁶.

Antonio Enrique Pérez Luño recuerda que, clásicamente, por influencia del positivismo jurídico de Hans Kelsen, la morfología del ordenamiento jurídico ha sido entendida como una estructura coherente que evoca una pirámide, cuyo vértice venía constituido por la *Grundnorm*. Frente a esa alegoría, el catedrático de la Universidad de Sevilla expresa que en la actualidad los sistemas jurídicos

²⁰⁵ LÓPEZ, F., “El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria*”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 20, 2010, p. 68. Igualmente: LÓPEZ, F., “La *lex mercatoria*: una excepción a la legitimidad del orden jurídico-político moderno”, en BARRANCO, M. C., CELADOR, O., VACAS, F. (Coordinadores), *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, Colección Gregorio Peces-Barba, número 1, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 319–342.

²⁰⁶ LAPORTA, F. J., *óp. cit.*, p. 184.

reclaman una simbolización que se aproxima más a una bóveda que a una pirámide²⁰⁷.

En definitiva, el Derecho nacional atraviesa una serie de cambios que evidentemente son el resultado del despliegue del poder empresarial. En la actualidad, las normas legales y la gestión administrativa se desarrollan en un escenario reeditado por las empresas transnacionales, contexto que es auspiciado por la globalización, donde el poder de los Estados ha disminuido a favor de los mercados y sus agentes económicos. Esta situación se ve representada por una regulación mínima e indulgente. Sobre este diagnóstico, el profesor Alfonso de Julios–Campuzano señala lo siguiente:

El concepto de orden en su dimensión tradicional parece así desvanecerse; en su lugar, parece que sólo podemos aspirar a un equilibrio precario que permita salvaguardar una dosis relativa de seguridad jurídica. La superposición de los múltiples niveles de juridicidad y su frecuente solapamiento introduce de esta forma un elemento desestabilizador en aquella concepción sólidamente asentada del derecho cierto, previsible y regular²⁰⁸.

De este modo, resulta clara e inevitable la decadencia del vínculo tradicional que unió la función legislativa al Estado. A decir de Gustavo Zagrebelsky, las causas de la situación antes descrita son, principalmente, la presión de los intereses corporativos que se ejercen sobre el legislador y la vitalidad expansiva de empresas que requieren normas jurídicas *ad hoc*, adecuadas a sus necesidades y destinadas a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades o se requieran leyes más favorables²⁰⁹. No obstante, en la

²⁰⁷ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, número 20, 2007, p. 510. Sobre este punto, Pérez Luño aclara lo siguiente: “Esa estructura abovedada implica la confluencia, involucro o interacción de un conjunto de arcos o cubiertas esféricas, que cierran el espacio comprendido entre muros o columnas. Los actuales desplazamientos desde la unidad al pluralismo, desde la plenitud a la apertura jurisdiccional y desde la coherencia a la argumentación, a cuyo análisis se ha atendido supra, en la esfera del sistema de libertades, inducen y avalan ese nuevo enfoque”.

²⁰⁸ JULIOS–CAMPUZANO, A., “Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho”, en JULIOS–CAMPUZANO, A. (Editor), *Dimensiones Jurídicas de la Globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, p.17.

²⁰⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 36–39.

formulación de alternativas que coadyuven a restaurar la vitalidad del derecho legislativo, Francisco Laporta sostiene lo siguiente:

No es necesario decir que si estamos en el mundo de las normas puramente cooperativas, o de las normas no vinculantes, redactadas con vaguedad en un tono simplemente exhortatorio y confiadas sólo a la diplomacia y a la negociación, a las que pueda darse conformidad en función de los momentos y los contextos, el ideal de imperio de la ley estará lejos de poder ser realizado. A medida que nos vayamos acercando a cuerpos de normas “legalizados”, es decir, a esas normas llamadas por algunos autores “hegemónicas”, que se superponen a los intereses de sus destinatarios, son vinculantes y son aplicadas por agencias imparciales, iremos acercándonos a la realización de ese ideal. Ese complejo fenómeno económico, social, tecnológico y político que llamamos globalización camina muy despacio en esa dirección²¹⁰.

Efectivamente, Laporta insiste que el derrotero que se debe seguir para alcanzar una situación equilibrada y óptima es contar con un cuerpo normativo de alcance general y abstracto que proyecte sus fines hacia el interés público, más allá de los intereses particulares de los destinatarios, cuya observancia es obligatoria y su aplicación es llevada a cabo imparcialmente²¹¹.

Empero, el ideal de “imperio de la ley” que refiere Francisco Laporta debe ser releído en su sentido moral, como anota Francisco Javier Ansuátegui. En

²¹⁰ LAPORTA, F. J., óp. cit., p. 195.

²¹¹ Ídem. Al respecto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos insistirá en la ineludible tarea que tienen los Estados en materia regulatoria, donde deberá tenerse en cuenta: i) la necesidad de regular algunas formas de inversión; ii) la utilización de mecanismos para promover los derechos culturales y medidas de acción positiva para promover los derechos humanos de individuos o grupos particulares; iii) la posibilidad de retirar el compromiso de liberalizar cuando la experiencia indique que los efectos de la liberalización han sido perjudiciales para el disfrute de los derechos humanos; y iv) la facultad de introducir nuevas disposiciones para promover y proteger los derechos humanos al interpretar las disposiciones relativas a la expropiación. En ese sentido, la referida oficina técnica sostiene que los Estados deben adoptar específicamente medidas complementarias de promoción y protección de los derechos humanos tales como: 1) Equilibrar los derechos y las obligaciones de los inversionistas. En los acuerdos de inversión habrá que admitir explícitamente que es preciso realizar esfuerzos constantes para promover la responsabilidad social de las empresas por las actividades que realicen. 2) Proteger a las personas a través de ciertas acciones oficiales. Es preciso fortalecer los mecanismos nacionales, regionales e internacionales de vigilancia de las violaciones de los derechos humanos puesto que la atracción de inversiones podría conducir a una carrera hacia la flexibilización de las normas medioambientales y de derechos humanos. Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Los derechos humanos, el comercio y las inversiones”, Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2 de julio de 2003), pp. 3–4.

ese sentido, Ansuátegui presenta una lectura moral del imperio de la ley basada en su status de condición necesaria de la satisfacción de las exigencias de la autonomía personal²¹². Para el citado académico, este condicionamiento, el de la autonomía personal, es esencialmente moral. Por tanto, debe asociarse el concepto de “imperio de la ley” al de “sometimiento al Derecho”, un Derecho que es democrático, gracias a su origen y a sus contenidos, y que tiene su núcleo en los derechos fundamentales y en la concepción moral de la que éstos son expresión²¹³.

En una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale en 1998, Jeffrey Sachs esboza un itinerario revelador sobre la globalización y el Estado de Derecho donde concluye que la solución a la crisis económica radica principalmente en la mejora del entorno jurídico internacional, por ejemplo, mediante la creación de mecanismos equivalentes a la Ley de Quiebras de Estados Unidos, y quizás de prestamistas de última instancia, para prevenir o al menos mitigar las dificultades que se presentan en la economía de la globalización. Esta es, sin lugar a dudas, una propuesta que retoma la idea sobre el Derecho como condición de posibilidad de la economía²¹⁴. Así, el profesor Sachs, tomando en cuenta el noveno capítulo de la referida ley concursal, sostiene que el Derecho nacional ofrece una serie de salvaguardas que, de ser tomadas en cuenta por la *Lex Mercatoria*, ofrecen tres niveles de protección para los ayuntamientos que atraviesan dificultades financieras: i) una pausa en el pago de la deuda, ii) una oportunidad para que el deudor financie sus necesidades de capital de trabajo y iii) un marco

²¹² El referido académico sostendrá: “En definitiva, si se afirma el sentido moral del imperio de la ley, y al mismo tiempo su relación necesaria con el concepto de Derecho, surge la pregunta sobre el tipo de relación entre el Derecho y la moral que se está defendiendo. Si el imperio de la ley tiene un valor moral y si su existencia es imprescindible en el Derecho, desde el momento en que se distingue de la arbitrariedad, entonces parece que el Derecho tiene un rasgo necesario que ver con su valor moral, con lo cual estaríamos frente a la afirmación de la relación necesaria entre el Derecho y la moral”. Cfr. ANSUÁTEGUI, F. J., “El sentido moral del imperio de la ley: tesis y consecuencias”. Este artículo es una versión del texto que se publicará próximamente en la revista *Doxa*, en el homenaje a Francisco Laporta y Liborio Hierro, y en *Ordines*, revista en línea.

²¹³ Vid. ANSUÁTEGUI, F. J., “La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, número 23, 2006, pp. 187–204.

²¹⁴ Cfr. SACHS, J., “Globalization and the Rule of Law”, en *Occasional Papers, Paper 2*, 1998, disponible en: <https://goo.gl/hDyRFy> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

oportuno para acabar con deudas excesivas e incobrables a través de la negociación entre acreedor y deudor²¹⁵.

Con esta referencia, Sachs insiste en la necesidad de establecer una estructura legal soberana que contenga múltiples alternativas en favor de quienes atraviesan dificultades financieras. Como se aprecia, el imperio de la ley cumpliría un papel medular en el entorno jurídico nacional e internacional al corregir ciertos errores presentes en la globalización económica, en la que la parte más vulnerable es el sujeto insolvente que, casi siempre, debe adherirse a los términos y condiciones fijados anticipadamente por quien ostenta un mayor poder económico.

Para Gustavo Zagrebelsky esta estructura legal deberá cifrarse en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, exista un consenso social suficientemente amplio²¹⁶. El pluralismo simbolizado por el conjunto de “arcos” o “cubiertas esféricas”, al que Pérez Luño hacía referencia anteriormente, podrá ser inocuo, siempre que haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los “ocasionales señores de la regulación”²¹⁷. Dentro de estos aspectos esenciales se encuentran, indudablemente, los derechos humanos cuya observancia por parte de las empresas es insoslayable y categórica²¹⁸.

²¹⁵ Ídem.

²¹⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, G., óp. cit., p. 40.

²¹⁷ Ídem.

²¹⁸ Por otra parte, para Manuel Atienza, la relación entre constitucionalismo y globalización es dilemática. Al respecto dirá lo siguiente: “el constitucionalismo supone básicamente el sometimiento del poder político al Derecho y es de ámbito estatal; la globalización, por el contrario, supone más bien el sometimiento del poder político al económico y su ámbito, como su nombre indica, trasciende las fronteras de los Estados”. Consecuentemente, para el citado académico, llevar las instituciones jurídico-políticas del constitucionalismo al ámbito mundial no es precisamente una empresa fácil, aunque postula, por ejemplo, la implementación de una “renta universal” como mecanismo para contrarrestar las desigualdades. Cfr. ATIENZA, M., “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en A. A. V. V., *La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, Vitoria-Gasteiz, 2008, pp. 213–224.

2.2.2 *Lex Mercatoria* y legitimación democrática

En cuanto a la legitimación democrática de la globalización económica, María José Fariñas afirma que el principio del Estado de Derecho como Estado “mínimo” acarrea la degeneración de la democracia pues “se empeña más en una mínima defensa de las garantías institucionales, que en satisfacer las reivindicaciones y las necesidades sociales de los ciudadanos, marginando pues a la dimensión social de la democracia, así como a las dimensiones económicas y culturales, y por supuesto otras formas político–sociales de organización”²¹⁹. En pocas palabras, como subraya la referida profesora, los gobiernos estatales ya no gobiernan, sino que simplemente gestionan, lo que inevitablemente trae consigo una crisis de representatividad y, por consiguiente, de confianza por la que pasan los partidos políticos y los sindicatos²²⁰.

Este déficit democrático es el resultado de un proceso en el que coexisten dos fuerzas que marchan a velocidades distintas: la relativa a la economía, ágil y desprovista de objeciones por parte de los centros de decisión transnacional, y la referida a la política, reacia a crear y consolidar espacios de deliberación pública e instituciones de control; esta última viene aparejada de dos realidades: por un lado, normas jurídicas que carecen de legitimidad democrática y, por otro, falta de control democrático del poder.

Dicho lo anterior, Pedro Mercado señala que el problema de la globalización no es la ausencia de normas, sino más bien el modo en que son

²¹⁹ FARIÑAS, M. J., *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, óp. cit., pp. 12 y 18.

²²⁰ *Ibidem*, p. 26. Avanzando en nuestro razonamiento, Juan Carlos Monedero señala que “la [irresponsabilidad] del Estado como lugar necesario de lo político [...] traslada la política a un terreno de fuerza desnuda marcado por un mercado mundial dominado por grandes corporaciones y por los escasos Estados con capacidad de ejercer mundialmente”. MONEDERO, J. C., “Mundialización y transformación del Estado: perspectivas desde la Ciencia Política”, en MONEDERO, J. C., *Cansancio del Leviatán. Problemas políticos de la mundialización*, Trotta, Madrid, 2003, p. 337. En ese orden de ideas, María José Fariñas es contundente al sostener que esta situación socava directamente los fundamentos mismos de la democracia: “Podríamos decir, incluso, que vacía el sentido emancipador de la misma, ya que el poder económico difuso del “mercado global” y de sus instituciones económicas y financieras (no democráticas) cierran o dificultan cada vez más los cauces democráticos de participación política de los ciudadanos en las decisiones negociadas democráticamente y generan, además, un alto grado de indiferencia, desconfianza y desconocimiento, así como una falta de compromiso social y político de los ciudadanos con sus instituciones”. FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, óp. cit., pp. 80–81.

creadas y coexisten las reglas ya existentes en el ámbito global²²¹. Como sostiene José Eduardo Faria, “a medida que el proceso decisorio va siendo descentralizado, desterritorializado y transnacionalizado, las decisiones políticas se tornan condicionadas por equilibrios macroeconómicos que representan, más que un mero indicador, un verdadero principio normativo responsable de la fijación de rigurosos límites a las intervenciones reguladoras de los Estados nacionales”²²².

Para Antonio Madrid este escenario es una consecuencia lógica del impacto que tienen ciertas estructuras de poder que, históricamente, se distinguen por seleccionar y defender sus ámbitos de responsabilidad porque, al hacerlo, eligen (o intentan elegir) también sus esferas de irresponsabilidad²²³. En consecuencia, los poderes privados, que en sus actividades eluden el control democrático de responsabilidades, contradicen uno de los pilares de la democracia: el sometimiento del poder a control jurídico-político²²⁴.

De este modo, las tendencias regulatorias presentes en la globalización económica, han transformado las dinámicas institucionales de participación política que deben garantizar la mayor intervención posible de todos los sectores sociales en la deliberación pública. En la actualidad, la toma de

²²¹ Al respecto, el referido académico señala que “El derecho del espacio de la economía mundializada es un derecho completamente privado, impuesto desde la lógica económica, elaborado sin transparencia y sin participación de sus principales destinatarios. [...] Legalidad, publicidad y control, los principios tradicionales del Estado de Derecho, se difuminan en el marco del orden económico global emergente en el que resulta patente la crisis de la ley, la no publicidad de los actos de un poder económico privado aparentemente invisible y la falta de instituciones públicas efectivas de control de sus actos en el orden económico internacional” Cfr. MERCADO, P., “Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?”, óp. cit., pp. 133–134.

²²² FARIA, J. E., “Democracia y gobernabilidad: los Derechos Humanos a la luz de la globalización”, en *Travesías: Política, cultura y sociedad en Iberoamérica*, número 1, 1996, p. 31. Por otra parte, López Ruiz considera que el problema central de la *lex mercatoria* es que ésta diluye la fortaleza del ordenamiento jurídico debido a la ausencia de un orden democrático desde el que se pueda legitimar su producción normativa; es decir, el núcleo de la problematización de la *lex mercatoria* está en la ausencia de condiciones de legitimación democrática de este Derecho. Cfr. LÓPEZ, F., “El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria*”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 20, 2010, p. 87.

²²³ MADRID, A., “Poderes irresponsables: la reconfiguración contemporánea del concepto político jurídico de responsabilidad”, óp. cit., pp. 110 y 111.

²²⁴ Ídem.

decisiones recae de manera excluyente en un reducido número de personas que, además, están exentas de cualquier control democrático.

Aunque podría plantearse una objeción de tipo factual, pues son innegables las ventajas que brindan los medios no convencionales como las “redes sociales”, favorecidos por el desarrollo tecnológico de la globalización, las posibilidades de tomar en cuenta un punto de vista disidente en los procesos de deliberación pública están regidas por la posibilidad de lo aleatorio antes que por la certeza de lo institucional. La agenda pública se reduce al *hashtag* que logró convertirse en *trending topic*, mientras que la falta de acceso a un medio no convencional empaña toda posibilidad de, al menos, visualizar la situación de vulnerabilidad que atraviesa un número significativo de personas. Los “nadies”, como denominara Eduardo Galeano a los excluidos, a quienes solo figuran “en la crónica roja de la prensa local”²²⁵, deben conformarse con la contingencia de “volverse tendencia” en las redes sociales²²⁶.

En términos de justicia, esta idea puede ser representada a partir de los postulados de Nancy Fraser, quien formula un nuevo concepto integrado de justicia que conjuga las demandas de redistribución, de reconocimiento y de representación²²⁷. En ese sentido, la “representación” implica que todo el que está sujeto, en cualquier parte del mundo, a una estructura de gobernación (transnacional, nacional o subnacional) que genera normas que se aplican coercitivamente, debe tomar parte en las decisiones que se adoptan²²⁸. En la globalización, el problema con la gobernación transnacional es que, en la

²²⁵ Cfr. GALEANO, E., *El libro de los abrazos*, Siglo XXI de España editores, Madrid, 2009, p. 59.

²²⁶ Oscar Pérez de la Fuente dirá que uno de los dilemas del futuro de la globalización económica es si la relevancia de los sujetos vendrá de su consideración como consumidores en el mercado global o como ciudadanos en los sistemas democráticos. Cfr. PÉREZ, O., *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 67, 78 y 79.

²²⁷ Vid. FRASER, N., “Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento”, en *New Left Review*, vol. 4, 2000, pp. 55–68. La referida autora entiende que las luchas por la *redistribución* tienen una lógica dirigida a abolir, o por lo menos minimizar, las diferencias de grupo en tanto que clase. Es decir, son transformadoras en el sentido de que no se trata de reconocer la diferencia del proletariado, sino de superar o por lo menos minimizar la importancia de la clase. Por otra parte, señala que en las luchas por el *reconocimiento*, en cambio, el objetivo es acentuar esas diferencias. Responden al lema de deconstrucción en la cultura, redistribución en la economía. Al respecto: Cfr. ARRIBAS, S. y DEL CASTILLO, R., “La justicia en tres dimensiones: entrevista con Nancy Fraser”, en *Minerva: Revista del Círculo de Bellas Artes*, número 6, 2007, pp. 24-29.

²²⁸ Cfr. ARRIBAS, S. y DEL CASTILLO, R., *op. cit.*, pp. 24-29.

mayoría de casos, no existe proximidad dialógica entre el órgano que decide y el sujeto sobre el que impactan dichas decisiones.

De modo que, únicamente la participación política hará posible la intervención de las personas en la deliberación sobre lo común y lo público, lo que implicaría que la regulación, sobre todo la de aquellas empresas que tienen un impacto considerable en la vida de las personas (p. ej. Industrias extractivas), sea formulada del modo más amplio y democrático posible, rechazando de antemano cualquier fórmula regulatoria autocomplaciente y permisiva. También a nivel de la gestión empresarial (interno), esta formulación concuerda con la teoría de los *stakeholders* presente ampliamente tanto en el marco de las teorías de la organización²²⁹ como en el terreno de la ética de la empresa²³⁰. De acuerdo con Freeman, los *stakeholders*, que deben ser tomados en cuenta en las decisiones que adopte la empresa, son todo “grupo o individuo que puede afectar o ser afectado por la consecución de los objetivos [de ésta]”²³¹.

Así las cosas, la búsqueda de legitimación democrática no debe ser entendida como una extralimitación de las funciones legislativas del Estado o como una intervención estatal injustificada en la economía. Todo lo contrario, esta medida tiene por objeto reforzar las ideas de imperio del Derecho y de justicia “representativa”, en los términos de Nancy Fraser, que surge ante el contrato social hipotético celebrado entre la empresa y la sociedad al realizar, la primera de éstas, actividades que impactan de modo e intensidad semejable al impacto de las relaciones de sujeción generadas por el poder del Estado.

Frente a ello, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos advierte que el reto frente al déficit democrático de la globalización radica en conseguir que los particulares y grupos intervengan en la formulación, cumplimiento y vigilancia de las normas y políticas que rigen la

²²⁹ Vid. FREEMAN, R. E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman Press, Boston, 1984; FREEMAN, R. E. y GILBERT, D. R. *Corporate Strategy and the Search for Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1988; y FREEMAN, R. E. y REED, D. L. “Stockholders and stakeholders: A new perspective on corporate governance”, en *California Management Review*, número 25, 1983, pp. 88–106.

²³⁰ Vid. CARROLL, A. *Business and Society*, South Western, Cincinnati, 1989.

²³¹ FREEMAN, R. E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, óp. cit., p. 25.

globalización y afectan a la población local²³². En ese sentido, el referido órgano técnico insiste en lo siguiente:

La gente, en particular los pobres y marginados, no suele tener la posibilidad de participar en la determinación de la política ni en los proyectos de desarrollo. Por ejemplo, se ha excluido a la población indígena al determinar las posibles repercusiones de los proyectos industriales de extracción y los autores de las políticas a menudo han descuidado los diversos efectos de las políticas comerciales en las mujeres y los pobres²³³.

De igual modo, el Alto Comisionado considera que otra manera de fomentar la participación en el contexto de la globalización es la evaluación de las repercusiones en los derechos humanos de las políticas –como las de comercio, inversiones, economía y finanzas– o los proyectos de desarrollo mundial, del sector público o privado²³⁴. En suma, toda decisión sobre la pobreza y el comercio a nivel nacional es un medio para fortalecer los derechos de participación en el contexto de la globalización. No obstante, las actuales estructuras de administración en el mundo no son siempre las mejores para garantizar ese objetivo, en particular en los países más pobres²³⁵.

Finalmente, si aceptamos la noción de justicia que propone Fraser, instrumentos tales como la consulta previa adquieren significación como vía para superar la desconfianza generada por ciertos proyectos empresariales que se han mantenido indiferentes a la idea de “buen vivir” y de “desarrollo sostenible”. La implementación de mejores herramientas deliberativas permite optimizar cualquier diálogo que sobre el impacto de la actividad empresarial se plantee, por lo que ignorar este deber representará la exclusión de un grupo significativo de personas.

²³² Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Estudio analítico sobre el principio fundamental de la participación y su aplicación en el contexto de la globalización”, Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presentado ante el Consejo Económico y Social, E/CN.4/2005/41 (23 de diciembre de 2004), párr. 21.

²³³ *Idem*.

²³⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Estudio analítico sobre el principio fundamental de la participación y su aplicación en el contexto de la globalización”, *op. cit.*, párr. 24.

²³⁵ *Ibidem*, párr. 32.

2.3 DERECHOS HUMANOS, COMPROMISOS MORALES Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

Se ha comprobado que un rasgo presente en la *Lex Mercatoria* es la vis expansiva de normas “blandas” o *soft law*, en el sentido de declaraciones exhortatorias y compromisos morales. De tal forma que, al ser el *soft law* (principalmente, códigos de conducta voluntarios y políticas de Responsabilidad Social Corporativa) un mecanismo al que recurren las empresas con frecuencia para demostrar su compromiso moral con los derechos humanos, esbozaremos algunas consideraciones.

Para Antonio Cassese y Dinah Shelton las normas de *soft law* reflejan el estado del desarrollo de normas consuetudinarias, son la base de eventuales tratados e, inclusive, de acuerdo a su naturaleza, generan expectativas de comportamiento²³⁶. De manera equivalente, el *soft law* envuelve una relevancia capital como mecanismo para estimular la presencia de contenidos morales en el proceso de positivización del Derecho Internacional. Atestiguar lo contrario, implicaría desconocer la trascendencia que tuvieron, a nivel mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 y, a nivel

²³⁶ Cfr. CASSESE, A., *International Law*, Oxford University, New York, 2002, pp. 160–161; SHELTON, D., “Law, Non-law and the problem of ‘Soft Law’”, en SHELTON, D. (Editora), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 3. Respecto del *soft law* como alternativa en el Derecho Internacional, Kenneth W. Abbott y Duncan Snidal dirán que “[c]on seguridad, el *soft law* a veces puede diseñarse como una etapa previa de una legislación más dura, pero a menudo también es preferible en sus propios términos. El *soft law* ofrece muchas de las ventajas del *hard law*, evita algunos de los costes del *hard law*, y brinda ciertos beneficios propios. Es importante destacar que, debido a que uno o varios elementos de la legalización pueden ser flexibilizados, una legalización más suave es a menudo más fácil de lograr que el *hard law*. Esto es especialmente cierto cuando los actores son Estados que son celosos de su autonomía y cuando los temas en cuestión desafían la soberanía estatal. El *soft law* también proporciona ciertos beneficios que no están disponibles bajo el *hard law*. Ofrece maneras más efectivas de lidiar con la incertidumbre, especialmente en procesos iniciales, permitiendo a los actores conocer el impacto que tendrán los acuerdos a través del tiempo. Además, el *soft law* facilita el compromiso, y por lo tanto la cooperación y el beneficio mutuo entre actores con diferentes intereses y valores, distintos horizontes temporales e intereses efectivos y diferentes grados de poder”. (Traducción propia) Cfr. ABBOTT, K. W. y SNIDAL, D., “Hard and Soft Law in International Governance”, en *International Organization*, volumen 54, 2000 p. 423. Precisamente, Mauricio del Toro precisa que Lord McNair, quien introdujo al lenguaje del derecho internacional el término *soft law*, acuñó este vocablo para distinguir entre proposiciones de *lege lata* y de *lege ferenda* y no para distinguir un fenómeno complejo que supone la existencia de variaciones normativas que van desde lo no vinculante hasta lo vinculante. Cfr. TORO, M. del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen VI, 2006, p. 518.

interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre surgida en la IX Conferencia Internacional Americana en 1948²³⁷.

Otro rasgo que debe tenerse presente es la centralidad que ocupan los derechos humanos en las iniciativas de *soft law* que promueven la ética empresarial. Dicho lo anterior, el Pacto Mundial de Naciones Unidas incluye como una de sus prioridades temáticas a los derechos humanos. Esta tendencia ha sido replicada por iniciativas como la Declaración tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre las empresas multinacionales y la política social y las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para las empresas multinacionales y la Comisión Europea, a través del Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas.

Este tipo de iniciativas podrán implementarse a través de leyes y políticas públicas que adopten los Estados, e incorporadas a la esfera empresarial (visión estratégica, diseño institucional y sistemas de gestión), siempre que las empresas y los Estados asuman voluntariamente estos compromisos éticos. La fórmula que adscriben en este asunto es, generalmente, la autorregulación y la co-regulación. Estos mecanismos nacen del compromiso voluntario de los propietarios y gestores de las empresas y establecen una vía intermedia entre los que postulan la absoluta desregulación de la actividad empresarial y quienes abogan por una intervención inflexible del Estado. Dicho de otro modo, la autorregulación y la co-regulación constituyen un equilibrio encarnado en la existencia de un máximo ético y un mínimo de regulación estatal, a través del cual se puede elevar el nivel de responsabilidad ética de las empresas sin que el Estado tenga que imponer sanciones legales²³⁸.

²³⁷ Otro ejemplo paradigmático sobre la importancia del soft law para los derechos humanos es la incorporación de los “Principios Rectores de los desplazamientos internos” de Naciones Unidas en el bloque de constitucionalidad colombiano. En la Sentencia T-327/01, la Corte Constitucional de Colombia tomó en consideración estos principios con el objeto de interpretar el deber de protección de los derechos humanos de aquellas personas que se vieron obligadas a escapar dentro del territorio nacional, abandonando su lugar de residencia o su oficio habitual, debido a que su vida, su integridad personal o su libertad corrían peligro. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-327/01, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

²³⁸ Como indica María Paz García Rubio, en ciertos casos, la contravención de ciertas fórmulas autorregulatorias acarrea una respuesta por parte del Estado. En ese sentido, en España, la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, contempla

El dilema, como se verá más adelante, reside en si las iniciativas de *soft law* que promueven la ética empresarial son mecanismos idóneos para la tutela de los derechos humanos. Precisamente, la Comisión Europea, a través de la Estrategia renovada de la Unión Europea para 2011–2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, insiste en la mejora del vínculo entre RSC, autorregulación y co–regulación. Al respecto, la Comisión Europea propone “poner en marcha un proceso, en 2012, con las empresas y otras partes interesadas para elaborar un código de buenas prácticas sobre autorregulación y co–regulación que, en principio, debe mejorar la eficacia del proceso de RSE”²³⁹.

2.3.1 Aproximación al contenido de Responsabilidad Social Corporativa

La Comisión Europea conceptúa la Responsabilidad Social Corporativa como un mecanismo con arreglo al cual las empresas “deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio”²⁴⁰. Esta responsabilidad se expresa frente a los trabajadores y, en general, frente a todos los interlocutores de la empresa, que pueden a su vez influir en su éxito²⁴¹. Para dicho organismo “ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo ‘más’ en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores”²⁴².

Así mismo, Javier de Belaunde señala que la responsabilidad social corporativa plantea, en el ordenamiento jurídico, la conveniencia de encontrar un adecuado balance entre la necesidad de establecer normas legales que regulen y fomenten de manera específica las prácticas empresariales

que la inexistencia de códigos de autorregulación en los prestadores de servicios de comunicación audiovisual será considerada infracción muy grave, la cual lleva aparejada importantes sanciones entre las que se encuentra incluso la revocación de la licencia del prestador del servicio. Cfr. GARCÍA, M. P., “Responsabilidad Social Empresarial y Autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del Derecho”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, número 2141, 2012, p. 14; en la misma línea: Vid. ANGUITA, C., “El rol del Derecho en la Responsabilidad Social de la Empresa”, en *Ars Boni et Aequi*, año 8, número 1, 2011, pp. 215–233.

²³⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro verde: fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Documento COM/2001/0366, p. 7.

²⁴⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Estrategia renovada de la UE para 2011–2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. Documento COM/2011/ 68, p. 12.

²⁴¹ Ídem.

²⁴² Ídem.

socialmente responsables, y la de crear mecanismos que —si bien tienen componente legal— trasciendan la expedición de normas especiales o la modificación de las existentes²⁴³. Inicialmente, la responsabilidad social corporativa representó una vocación filantrópica, no obstante, en la actualidad no son pocas las voces que le atribuyen una fuerte vinculación con la idea de desarrollo sostenible²⁴⁴.

La denominación “Responsabilidad Social Corporativa” (RSC) suele ser sustituida, en ocasiones, por la expresión “responsabilidad social de las empresas”, acogida, incluso, en el Derecho español por la Ley 3/2007, de 22 de marzo, cuyo título VII se titula, precisamente, “la igualdad en la responsabilidad social de las empresas”. No obstante, aunque estos matices no afecten en lo sustancial la conceptualización de la RSC, existen especialistas que proponen la necesidad de hablar de “Responsabilidad Social de las Empresas” (RSE) para distinguir el programa para la acción característico de toda RSC llevado a cabo por entidades que no desarrollen una actividad empresarial, como pueden ser, en principio, las fundaciones²⁴⁵. Para McWilliams y Siegel, la Responsabilidad Social Empresarial hace referencia a la extensión voluntaria de la responsabilidad de las empresas más allá de lo estipulado por la ley²⁴⁶.

²⁴³ Vid. BELAUNDE, J. de, PARODI, B. y MUÑOZ, D., *Cómo promover la responsabilidad social empresarial en el Perú. Marco legal e institucional*, Universidad del Pacífico, Lima, 2001.

²⁴⁴ La Organización de las Naciones Unidas señala que, para alcanzar el desarrollo sostenible, es fundamental armonizar tres elementos básicos, a saber, el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente. Estos elementos están interrelacionados y son todos esenciales para el bienestar de las personas, por lo que, como es evidente, deben ser tomados en cuenta por las empresas. Esta idea se ve reflejada, por ejemplo, en el Objetivo de Desarrollo Sostenible N° 12: “Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles” que incluye entre sus metas lo siguiente: “Alentar a las empresas, en especial las grandes empresas y las empresas transnacionales, a que adopten prácticas sostenibles e incorporen información sobre la sostenibilidad en su ciclo de presentación de informes”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *La Agenda de Desarrollo Sostenible*, disponible en: <https://goo.gl/eaGbjo> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

²⁴⁵ Cfr. EMBID, J. M. y DEL VAL, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 27–28. De igual modo: LOZANO, J. M., “De la responsabilidad social de la empresa (RSE) a la empresa responsable y sostenible”, en Papeles de Economía Española, número 108, 2006, pp. 40–62; así mismo, PÉREZ, E. F., “La gestión del patronato de las fundaciones y la responsabilidad social corporativa”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y EMBID, J.M. (Directores), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 73–110.

²⁴⁶ Cfr. MCWILLIAMS, A. y SIEGEL, D., “Corporate social responsibility: A theory of the firm perspective”, en *Academy of Management Review*, número 26, 2001, pp. 117–227.

Dicho lo anterior, de acuerdo con Elisabet Garriga y Domènec Melé²⁴⁷, los enfoques y teorías que fundamentan la Responsabilidad Social Corporativa se pueden sistematizar en cuatro grupos:

1. Teoría instrumental: la Responsabilidad Social Corporativa es un medio para obtener beneficios económicos. Se incluyen en este concepto todas las medidas que incrementen beneficios para los accionistas y todas las que impliquen ventajas competitivas (inversiones sociales, estrategias de innovación, etcétera) Para Cortés García, el compromiso ético en la empresa comporta menores costes de transacción porque permitiría una reducción significativa de la asimetría de la información y las externalidades. Y, sobre todo, el compromiso ético representaría “una menor necesidad formalista en el ámbito contractual, con las ventajas que implica en el ámbito de los costes de transacción”²⁴⁸.
2. Teorías políticas: las empresas tienen un amplio poder que deben ejercer responsablemente. Aquí se encuentra el constitucionalismo corporativo (quien tiene poder debe ejercerlo responsablemente o lo perderá), la teoría del contrato social y la idea de ciudadanía corporativa vinculada a la filantropía social, a la inversión social y a las responsabilidades con la comunidad.
3. Teorías integradoras: la empresa debe captar, adelantarse y responder a las demandas sociales. Lo que ha dado lugar a la gestión de asuntos sociales como un proceso, con grupos implicados (*stakeholders*) y acción social corporativa. Para Embid y Del Val, la Responsabilidad Social Corporativa viene a representar el intento de comprender, desde la empresa, la totalidad de los intereses, ciertamente amplios y diversos, sobre los que incide la actividad por ella desarrollada²⁴⁹.
4. Teorías éticas: se basa en lo que deben hacer o no hacer las empresas para conseguir una mejor sociedad. Está impregnada de las ideas de desarrollo sostenible y de los derechos humanos. Adela Cortina y Jesús

²⁴⁷ Cfr. GARRIGA, E. y MELÉ, D., “Desenredar la maraña de las teorías de responsabilidad social corporativa”, en *Journal of Business Ethics*, número 53, 2004, pp. 51–71.

²⁴⁸ CORTÉS, F. J., “La ética empresarial desde la perspectiva de los costes de transacción. Un enfoque teórico”, en Boletín Económico de ICE N° 2899, diciembre de 2006, p. 57.

²⁴⁹ Cfr. EMBID, J. M. y DEL VAL, P., óp. cit., pp. 31–36.

Conill dirán que “la responsabilidad social es una dimensión de la ética empresarial. Y si la responsabilidad social no quiere quedar reducida a cosmética, a burocracia, o a ambas cosas, tiene que hundir sus raíces en una sólida ética empresarial”²⁵⁰. Por tanto, la responsabilidad social debe asumirse como una herramienta de gestión, como una medida de prudencia y como una exigencia de justicia, elementos que transitan el terreno de la ética²⁵¹. Como herramienta de gestión, la responsabilidad social empresarial “debe formar parte del ‘núcleo duro’ de la empresa, de su gestión básica, no ser ‘algo más’, no ser una especie de limosna añadida, que convive tranquilamente con bajos salarios, mala calidad del producto, empleos precarios, incluso explotación y violación de los derechos básicos”²⁵². En ese sentido, los citados profesores insisten en que la responsabilidad social “tiene que formar parte indispensable de la vida de la empresa, porque ha de incorporarse a su entraña, transformándola internamente”²⁵³. Como medida de prudencia, la responsabilidad social “permite convertir a los afectados en cómplices de una aventura que debe perseguir el beneficio común en una época en que la celeridad de los cambios más aconseja tener amigos que adversarios, cómplices que enemigos”²⁵⁴. Finalmente, como exigencia de justicia cabe pensar si no sería lo más justo intentar responder a las expectativas legítimas de quienes de alguna forma dependen de la empresa para llevar adelante una vida buena. Esto implicaría reconocer que “existe ya un vínculo con todos los afectados por la empresa, que no puede ser pactado porque ya existe. Ese vínculo, esa *ligatio*, que es la expresión latina, provoca en quien la reconoce una *ob-ligatio*, una obligación moral, que no puede ser pactada porque es el presupuesto a fin de cuentas de todo posible contrato legal y moral”²⁵⁵.

²⁵⁰ CORTINA, A. y CONILL, J., “La Responsabilidad Social de la Empresa y la Ética Empresarial”, s/f, p. 26.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 27

²⁵² *Idem*.

²⁵³ *Idem*.

²⁵⁴ CORTINA, A. y CONILL, J., “La Responsabilidad Social de la Empresa y la Ética Empresarial”, *óp. cit.*, p. 29.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 35.

Así las cosas, los fundamentos de la Responsabilidad Social Corporativa que más se acercan a la idea de derechos humanos son, por un lado, las teorías integradoras que brindan la posibilidad de conjugar los intereses empresariales con otros como el “desarrollo sostenible” o el “buen vivir” y, por otro, las teorías éticas, puesto que los derechos humanos ocupan un lugar preponderante en la ética, debido a su importancia axiológica.

2.3.2 Iniciativas de Responsabilidad Social Corporativa relevantes en materia de derechos humanos

Como se ha dicho, la Responsabilidad Social Corporativa es la herramienta más extendida para abordar la relación entre “actividad empresarial – entorno” y “actividad empresarial – exigencias morales”. En ese contexto, Ricardo Isea Silva propone la utilización de los derechos humanos como marco para integrar la responsabilidad social. En esa línea, dirá lo siguiente:

Aunque derechos humanos y responsabilidad social tienen motivaciones compatibles, ambos conceptos difieren en un aspecto fundamental: el enfoque. Si bien las empresas están llamadas a adoptar un enfoque integral de responsabilidad social, estas tienen cierta discrecionalidad para elegir en qué esferas hacer hincapié (por ejemplo, pueden optar por una política que beneficie la contratación de grupos vulnerables o por un programa de reducción de la contaminación). Pero en el caso de los derechos humanos, al tratarse de derechos y libertades fundamentales, basados en principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e inalienabilidad, no pueden estar sujetos a las decisiones de las empresas; estas no deberían, por ejemplo, acceder a respetar la jornada laboral de sus trabajadores y, al mismo tiempo, participar en un proyecto de inversión que desplace injustamente de sus tierras a familias campesinas. Al igual que en el caso de los Estados, que deben respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos, existan o no marcos jurídicos apropiados para ello, las empresas deben respetar estos derechos siempre, indistintamente de cuáles sean sus intereses y el contexto operacional²⁵⁶.

²⁵⁶ ISEA, R., “Las empresas y los derechos humanos”, en *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, número 12, 2011, p. 13. En ese orden de ideas: Vid. DIAZ, G., “Los derechos humanos y la Responsabilidad Social

En ese orden de ideas, el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha elaborado la “Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas” que recoge una serie de recomendaciones para los Estados y las empresas entre las que se encuentran la adopción de medidas preventivas y de protección de los derechos humanos, del medio ambiente y de los derechos laborales de trabajadores y de las poblaciones donde operan; la eliminación de cualquier forma de discriminación, trabajo infantil y trabajo forzoso; el respeto por el derecho de los trabajadores a la sindicalización, negociación colectiva, a la salud y seguridad en el trabajo; la promoción del uso de tecnologías limpias y procedimientos de explotación ecológicamente eficientes; y el respeto al entorno, la propiedad así como las costumbres y formas de vida de las comunidades donde llevan a cabo sus operaciones, buscando cooperar y contribuir a su desarrollo económico, social y medioambiental²⁵⁷.

En esa línea de prioridades, entre las iniciativas más importantes en materia de Responsabilidad Social Corporativa que toman en cuenta los derechos humanos, se encuentran las siguientes:

1. Global Reporting Initiative (GRI), desarrollada por CERES, organización sin fines de lucro que trabaja con inversionistas y empresas tópicos sobre desarrollo sostenible, Tellus Institute y el Programa de Medio Ambiente de la Unión Europea (PNUMA). Su principal objetivo es conseguir el mismo grado de transparencia respecto a la política medio ambiental que la transparencia respecto al estado financiero de la empresa. Para ello, ha desarrollado un marco basado en principios, características e indicadores que deben ser usados en la elaboración de un informe periódico a cargo de la empresa. Para la GRI, el valor del

Corporativa”, en CUESTA, M. de la y RODRÍGUEZ, L. (Coordinadores), *Responsabilidad Social Corporativa*, Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 335–363.

²⁵⁷ Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas”, Resolución que aprueba el “Segundo Informe. Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas” y la “Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas”, documento CJI/doc.449/14 rev.1., CJI/RES. 205 (LXXXIV-O/14) (13 de marzo de 2014)

reporte de sostenibilidad radica en la posibilidad que tienen las organizaciones de reflexionar sobre asuntos de sostenibilidad y ser transparentes sobre los riesgos y oportunidades que enfrentan²⁵⁸.

2. Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales (Revisión de 2011), son recomendaciones dirigidas a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Como la propia OCDE reconoce, estas líneas directrices contienen principios y normas “no vinculantes” para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Estos principios buscan “garantizar que las actividades empresariales se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible”²⁵⁹. Entre los cambios incluidos en mayo de 2011 se incluye un nuevo capítulo sobre derechos humanos, acorde con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”. Además, a través del mecanismo denominado “Puntos de Contacto Nacional”, las Líneas Directrices cuentan con órganos de supervisión *ad hoc* encargados de brindar orientación técnica sobre los mecanismos de implementación y los retos existentes en el cumplimiento de esta tarea²⁶⁰.

²⁵⁸ Cfr. GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *Acerca de los informes de sostenibilidad*, disponible en: <https://goo.gl/JyP9uY> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

²⁵⁹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión de 2011*, OECD Publishing, 2013, p. 15, disponible en: <https://goo.gl/mUNBhm> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

²⁶⁰ Para un mayor desarrollo teórico sobre estos mecanismos: Vid. CANTÚ, H., “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen XV, 2015, pp. 611–658.

3. Declaración Tripartita de Principios de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social. Esta declaración de principios brinda orientación sobre política social y prácticas inclusivas, responsables y sostenibles en el lugar de trabajo. Es el único instrumento de alcance global elaborado y suscrito bajo un esquema tripartito (gobiernos, empleadores y trabajadores alrededor del mundo). Ha sido enmendada en dos ocasiones (años 2000 y 2006) y revisada en marzo de 2017. Los principios que la integran están basados en las normas internacionales del trabajo (Convenios y Recomendaciones de la OIT)²⁶¹.
4. Pacto Mundial de la Organización de las Naciones Unidas. Fue propuesto en 1999 por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en la Cumbre Económica Mundial de Davos. El Pacto Mundial incluye como prioridades temáticas a los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y las medidas anticorrupción. De este modo, el sector privado, en colaboración con otros agentes sociales, puede contribuir a hacer realidad la visión de Kofi Annan: una economía mundial más sostenible e incluyente²⁶². A continuación, se detallan los principios del Pacto Mundial:
- Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia.
 - Las empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices en la vulneración de los Derechos Humanos.
 - Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
 - Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción.

²⁶¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Declaración Tripartita de Principios de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, disponible en: <https://goo.gl/vEmYDq> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

²⁶² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *¿Qué es el Pacto Mundial?*, Centro de Información de Naciones Unidas en México, Cuba y República Dominicana, disponible en: <https://goo.gl/4MASY1> (Consulta: 25 de mayo de 2017) También son interesantes las reflexiones de María Prandi: PRANDI, M., "Del Pacto Mundial al compromiso de la empresa con los derechos humanos", en *Mediterráneo Económico*, número 26, 2014, pp. 173–189.

- Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil.
- Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación.
- Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente.
- Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.
- Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medioambiente.
- Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y soborno.

5. Organización Internacional de Normalización, ISO 26000: Guía sobre responsabilidad social. Según la organización rectora, esta norma pretende ayudar a las organizaciones a contribuir al desarrollo sostenible y fomentar que las organizaciones vayan más allá del cumplimiento legal, reconociendo que el cumplimiento de la ley es una obligación fundamental para cualquier organización y una parte esencial de su responsabilidad social. La Norma Internacional ISO 26000 proporciona orientación a todo tipo de organizaciones, independientemente de su tamaño o localización, sobre: a) conceptos, términos y definiciones relacionados con la responsabilidad social; b) antecedentes, tendencias y características de la responsabilidad social; c) principios y prácticas relacionadas con la responsabilidad social; d) materias fundamentales y asuntos de responsabilidad social; e) integración, implementación y promoción de un comportamiento socialmente responsable en toda la organización y, a través de sus políticas y prácticas relacionadas, dentro de su esfera de influencia; f) identificación e involucramiento con las partes interesadas, y g) comunicación de compromisos, desempeño y otra información relacionados con la responsabilidad social²⁶³.

²⁶³ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE NORMALIZACIÓN, *Norma Internacional ISO 26000: Guía de responsabilidad social*, disponible en: <https://goo.gl/gb1rvq> (Consulta: 25 de mayo de 2017) También: ECHAIDE, J., "Responsabilidad Social Empresaria: un sobrevuelo por la norma ISO 26000", en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, números 20 y 21, 2009, pp. 137–162.

6. SA8000 Standard, elaborado por *Social Accountability International* (SAI)
Este esquema de acreditación exige el cumplimiento de condiciones mínimas para alcanzar un ambiente de trabajo seguro y saludable, la libertad de asociación y negociación colectiva y una estrategia de diligencia empresarial para tratar todos los aspectos relacionados con el trabajo. Además, contiene reglas respecto a la duración de la jornada laboral, salarios, igualdad y no discriminación, trabajo infantil y trabajo forzado²⁶⁴.

2.3.3 Breves apuntes críticos

Como advierte Laporta, a favor de la existencia de este tipo de normas se han brindado muchos argumentos, pues en muchas cuestiones las normas de *soft law* incorporan exigencias morales y ponen en el escenario de la deliberación pública informaciones y opciones éticas importantes²⁶⁵. Acorde con esta postura, hemos afirmado previamente que el *soft law* envuelve una relevancia capital como mecanismo para estimular la presencia de contenidos morales en el proceso de positivización del Derecho Internacional.

Con todo, el *soft law* es una alternativa a la que puede apelarse cuando es necesario proyectar el interés prioritario sobre un asunto concreto y que, de otro modo, resultaría complicado debido a la coexistencia de distintas perspectivas sobre un mismo problema. No obstante, el desarrollo de códigos voluntarios y de controles privados para las empresas, a partir de iniciativas de *soft law*, parece aceptar la posibilidad de que existen zonas exentas de control jurídico y el sistema institucional puede quedar relegado a la función de mero gestor de las distintas iniciativas voluntarias.

Los derechos humanos ostentan un lugar preponderante en la ética, debido a su importancia axiológica. En ese sentido, Gregorio Peces-Barba sostiene que la ética pública está representada esencialmente por los derechos fundamentales y es aquella que el Derecho del Estado Constitucional hace

²⁶⁴ Cfr. SOCIAL ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL, SA8000 Standard, SAI, disponible en: <https://goo.gl/ssS3gl> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

²⁶⁵ Cfr. LAPORTA, F. J., óp. cit., p. 194

suya para que cada persona pueda alcanzar el desarrollo máximo de las dimensiones de su dignidad: capacidad de elegir, capacidad de razonar y de construir conceptos generales, capacidad de dialogar y de comunicarse, y capacidad para decidir libremente sobre su camino para buscar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad²⁶⁶. Consecuentemente, los derechos han de situarse en la centralidad de toda discusión acerca del alcance de los compromisos morales que asume una empresa.

No obstante, suele perderse de vista que esta cualidad no despoja a los derechos de su dimensión jurídica y su consecuente efecto irradiación en las relaciones privadas y de primacía en el ordenamiento jurídico. Las normas de *soft law* son promovidas a menudo por actores no estatales, es decir, agencias que no tienen autoridad legislativa nacional o internacional y que, en la mayoría de casos, suelen contener términos amplios e imprecisos que impiden la posterior implementación de medios jurídicos robustos²⁶⁷. Para Kirton y Trebilcock, lo preocupante de esta situación es que “cualquier participante es libre de abandonar en cualquier momento, adherirse o no adherirse a ellas, sin invocar el poder sancionatorio del Estado”²⁶⁸. Esta tendencia, se ve reflejada en la interacción entre las empresas y el Estado al interior de su territorio pues la exigencia de responsabilidades empresariales en materia de derechos humanos es encauzada en el ámbito estrictamente ético, y no en el plano jurídico. Como expone Alejandro Tietelbaum: “la postulación de códigos voluntarios y de controles privados para las sociedades transnacionales parece aceptar la posibilidad de que existan zonas de *no derecho* para estas o, en el mejor de los casos, que las sociedades transnacionales tiene la posibilidad de cumplir ciertas normas ‘a la carta’”²⁶⁹.

²⁶⁶ Cfr. PECES-BARBA, G., “Ética pública – ética privada”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, número XIV, 1997, p. 542.

²⁶⁷ Cfr. CHINKIN, C., “Normative Development in the International Legal System”, en SHELTON, D. (Editora), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 30.

²⁶⁸ KIRTON J. J. y TREBILCOCK, M. J., *Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Ashgate, Adershot, 2004, p. 9. (Traducción propia)

²⁶⁹ TEITELBAUM, A., *Al margen de la ley. Sociedades transnacionales y derechos humanos*, Gente Nueva Editorial, Bogotá D. C., 2007, pp. 188–189.

Para la profesora Olga Martín–Ortega es especialmente alarmante que las iniciativas voluntarias sean consideradas convenientes, sin tener en cuenta que el sistema institucional internacional y las estructuras estatales quedan relegados a la función de meros gestores de las distintas iniciativas voluntarias²⁷⁰. En ese sentido, la citada académica sugiere que el hecho de que la tensión entre voluntarismo y obligatoriedad tienda a resolverse hacia el primer elemento del binomio, aumenta el riesgo de permitir a las empresas tener un gran peso en la definición de sus propias obligaciones y ser las responsables últimas de la decisión respecto de la asunción o no de las mismas, únicamente respaldadas por mecanismos de sanción social y de opinión pública²⁷¹.

En sentido contrario, José Miguel Embid y Paula Del Val insistirán en la inevitable vinculación que, por ejemplo, tendrían la Responsabilidad Social Corporativa y el Derecho Privado y, más precisamente, al Derecho Mercantil, pues consideran que aquélla puede ser considerada como una institución surgida directamente del tráfico mercantil que, a la vez, enlaza con la realidad del mercado, cuyo relieve es ampliamente conocido, pues permite delimitar actualmente el Derecho Mercantil²⁷². Frente a las objeciones planteadas por los críticos de la Responsabilidad Social Corporativa, ambos autores sostienen lo siguiente:

No basta para considerar metajurídico a un determinado hecho o práctica social su no derivación necesaria de un mandato normativo. No parece a la altura de nuestro tiempo que el universo jurídico pueda restringirse, como querría un positivismo más que trasnochado, al conjunto de supuestos formulados por el legislador. Incluso en el caso de que se aceptara tal premisa, la propia realidad normativa, por decirlo con una fórmula filosófica

²⁷⁰ Cfr. MARTÍN–ORTEGA, O., óp. cit., p. 92

²⁷¹ Ídem. A su vez: MARTÍN–ORTEGA, O., “International responses to multinational enterprises lack of accountability for human rights abuses in the context of globalisation”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, número 7, 2006, pp. 179–201.

²⁷² Cfr. EMBID, J. M. y DEL VAL, P., óp. cit., pp. 43–44. En ese orden de ideas, los referidos académicos afirmarán en que la organización de los medios materiales y personales, la predisposición de los fondos necesarios, la imbricación de las acciones de responsabilidad social con el objeto o conjunto de actividades desarrollados por la empresa son otros tantos temas que ponen de manifiesto la inevitable intersección de la Responsabilidad Social Corporativa con el Derecho, a través del sujeto, normalmente persona jurídica de base asociativa y con propósito lucrativo, que pretende llevarla a cabo. Cfr. EMBID, J. M. y VAL, P., del, óp. cit., p. 18.

consagrada, 'da de sí' al entrar en relación con las circunstancias, nuevas y renovadas, que se manifiestan de continuo en la dinámica social, desbordando el ámbito clausurado y autosuficiente en el que algunos han querido convertir el Derecho²⁷³.

A mi juicio, esta postura resulta cuestionable pues las iniciativas puramente éticas que como la Responsabilidad Social Empresarial guardan relación con el gobierno corporativo, relacionado a la administración empresarial, sus competencias y composición. Es decir, están vinculadas a los aspectos de gestión, antes que a la normativa sobre organización y funcionamiento que, de modo imperativo, fija el Derecho Mercantil.

Incluso, habría que decir que no todo aquello que se encuentra incorporado en un código voluntario, y que está sujeto a controles privados, es producto del compromiso ético de la empresa y no de una norma jurídica preexistente. Como precisa Antonio Aledo, cuando el Pacto Mundial de Naciones Unidas propone que las empresas se adhieran voluntariamente a diez principios tales como "Principio N° 1. "Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia" o "Principio N° 5. Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil", las interrogantes que surgen a continuación son ¿cómo puede plantearse que sea de libre adhesión que las empresas cumplan estos principios? ¿Es que no es un delito perseguido por las leyes de la mayoría de los países no respetar los derechos humanos o la explotación de la infancia?²⁷⁴

A modo de conclusión, Hernández Zubizarreta sentencia que:

La paralización, si no retroceso, del entramado jurídico internacional de los derechos humanos, incluidos los laborales, está avalada por los teóricos de la bilateralidad asimétrica y de la Responsabilidad Social Corporativa como sistema que complementa el comercio sin límites. El Derecho blando se convierte en el eje regulador de las relaciones laborales. El carácter imperativo, coercitivo y sancionador de los derechos fundamentales, no se

²⁷³ Ibidem, p. 23.

²⁷⁴ Cfr. ALEDO, A., "La cara oculta de la responsabilidad social corporativa", en *Sin Permiso* (Edición electrónica: 11 de septiembre de 2011), disponible en: <https://goo.gl/1Q76B0> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

consolida, ni tan siquiera en la vertiente de los derechos civiles y políticos²⁷⁵

En ese sentido, la adhesión voluntaria a los códigos externos de organizaciones internacionales no puede interpretarse como que sus contenidos se cumplen también voluntariamente, pues muchos de éstos están recogidos expresa o tácitamente en normas internacionales de obligado cumplimiento para Estados y empresas transnacionales²⁷⁶.

2.4 CONSIDERACIONES FINALES DEL SEGUNDO CAPÍTULO

Aunque el tema del poder y su impacto no es una nota suelta en los motivos que justifican la garantía de los derechos humanos en la actividad empresarial, esta cuestión debe ser puntualizada en el escenario de la globalización, proceso dinámico donde cualquier cualificación o cuantificación de los impactos sobre los derechos humanos serán relativas representaciones de un momento específico y de una geografía singular.

Se podría decir que la diversificación de la producción, las innovaciones tecnológicas, son inobjetables beneficios alcanzados por la globalización. Sin embargo, debe efectuarse una distinción entre los efectos de la globalización y su gestión, pues una cosa es el carácter descriptivo de determinados procesos y otra muy distinta la ideología que subyace a éstos. En palabras de Jürgen Habermas, “los partidarios de la globalización abogan por la subordinación incondicional del Estado a los imperativos de integración de la sociedad global dirigida por el mercado”²⁷⁷. En segunda instancia, es menester apuntar que la globalización no ha venido precedida del reconocimiento y eficacia universal de los derechos humanos como ideal de emancipación humana. A lo sumo, se ha garantizado un espectro limitado de derechos como la libertad de elección, la propiedad privada y la seguridad.

²⁷⁵ Cfr. HERNÁNDEZ, J., *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: historia de una asimetría normativa de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Observatorio de las Multinacionales en América Latina y la Universidad del País Vasco, Madrid y Bilbao, 2009, p. 63.

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 555–556

²⁷⁷ HABERMAS, J., “El valle de lágrimas de la globalización”, en *Claves de la razón práctica*, número 109, 2001, p. 6.

La globalización económica, impregnada por el liberalismo conservador, ha redefinido el escenario internacional facilitando la des-territorialización de los centros de decisión política y económica, así como la descentralización espacial de los procesos productivos, distributivos y de consumo. Ante este escenario complejo, los poderes públicos acaban desistiendo de regular las cuestiones relacionadas a la actividad empresarial y los derechos humanos y ceden dicha facultad a los poderes privados, los que han optado por la autorregulación basada en el *soft law* y otras formas edulcoradas de intervención del Estado como la co-regulación.

En ese sentido, se distinguen dos espacios en que se ha relevado al Estado de su función normativa: el i) ámbito nacional, pues con mayor frecuencia la soberanía estatal queda restringida a la convalidación de las directivas que emiten los organismos financieros internacionales; y el ii) ámbito internacional, donde la primacía del Estado en la formulación normativa cede ante las empresas transnacionales y sus mecanismos alternativos de solución de conflictos. Baste, como muestra, la violencia sexual que afecta a las mujeres que trabajan en las maquilas en Honduras o la explotación laboral que aflige a las comunidades Garífuna de la costa norte de este país. Ambas situaciones, generadas por las empresas que operan en las denominadas “ciudades modelo”, han sido el resultado de leyes complacientes que confieren una serie de beneficios de índole judicial, fiscal y económica a cambio de inversión privada.

En ese sentido, el *soft law* es una alternativa a la que puede apelarse cuando es necesario proyectar el interés prioritario sobre un asunto concreto y que, de otro modo, resultaría complicado debido a la coexistencia de distintas perspectivas sobre un mismo problema. No obstante, el desarrollo de códigos voluntarios y de controles privados para las empresas, a partir de iniciativas de *soft law*, no supone la anuencia de zonas exentas de control jurídico y que el sistema institucional puede quedar relegado a la función de mero gestor de las distintas iniciativas voluntarias. Siguiendo a Antonio Aledo, habría que decir que no todo aquello que se encuentra incorporado en un código voluntario, y que está sujeto a controles privados, es producto del compromiso ético de la empresa y no de una norma jurídica preexistente.

Tampoco podría decirse que un tratado internacional sobre la materia, idea formulada por un sector importante de países que precisamente provienen de regiones donde muchas actividades empresariales se han favorecido de las deficiencias institucionales y de las lagunas normativas para cometer violaciones a derechos humanos²⁷⁸, plantea una solución concluyente. Aunque Felipe Gómez sostenga que el desafío en la determinación de responsabilidades es cómo conseguir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se pueda aplicar a las actividades de las empresas transnacionales²⁷⁹, valga como uno entre muchos ejemplos, el estado de las ratificaciones y adhesiones a la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990) que demuestra que, pese a la importancia de la materia tratada, la inacción de los países que acogen el mayor flujo de trabajadores migratorios (P. ej. Estados Unidos y la Unión Europea) puede debilitar una iniciativa tan importante y urgente como esta.

Para ilustrar mejor esta situación también puede citarse la posición que ha mantenido el gobierno de Estados Unidos en torno a la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial y su Plan de Acción, adoptada en

²⁷⁸ En 2013, con posterioridad a la adopción de los "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos", el Consejo de Derechos Humanos recibió una Declaración presentada por un grupo de países en el XXIV periodo de sesiones de este grupo de trabajo. La moción lleva por título "Empresas Transnacionales y Derechos Humanos". En ella se señala que, sin un instrumento jurídicamente vinculante que asegure su cumplimiento, los Principios Rectores no tendrán consecuencia trascendental alguna. En el mismo sentido, expresan que los compromisos morales son sólo una respuesta parcial a las cuestiones urgentes relacionadas con los abusos a los derechos humanos por parte de las empresas transnacionales. Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración en nombre de un grupo de países en la 24ª edición de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 2013, disponible en: <https://goo.gl/uCQXMx> (Consulta: 25 de mayo de 2017) Así, en su 26º período de sesiones, celebrado el 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó la resolución 26/9 por la que decidió "establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos, Elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales". ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, "Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos", Resolución del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/26/L.22/Rev.1 (25 de junio de 2014)

²⁷⁹ Cfr. GÓMEZ, F., "Las empresas transnacionales y su obligación de respetar los derechos humanos", en GÓMEZ, F., HERRÁN, A. y ATXABAL, A. (Editores), *Retos del Derecho ante una economía sin fronteras*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, p. 243.

noviembre de 1996. Junto a 185 países más, Estados Unidos firmó un compromiso donde los Estados reconocían que toda persona tiene derecho “a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre” y se comprometían a “reducir el número de personas desnutridas a la mitad de su nivel actual no más tarde del año 2015”²⁸⁰.

Posteriormente, la representación diplomática de Estados Unidos efectuó una declaración interpretativa indicando que este país “no reconoce modificación alguna en el estado actual del derecho internacional convencional o consuetudinario en lo que respecta a los derechos relacionados con la alimentación” y que todo “derecho a una alimentación apropiada” o “derecho fundamental a no padecer hambre” es un “objetivo o aspiración que ha de alcanzarse progresivamente y que no genera obligaciones internacionales”²⁸¹.

En consonancia con lo anterior, considero que los Estados deberán asumir la centralidad en la solución de los problemas generados por la globalización preferiblemente en el nivel interno, pues toda pretensión que tenga como fin diluir los mecanismos institucionales y el poder político debe descartarse. En ningún caso el Estado podrá claudicar respecto al rol tutelar de los derechos humanos.

Así las cosas, la búsqueda de legitimación democrática no debe ser entendida como una intervención estatal injustificada en la economía, sino como el reforzamiento del imperio del Derecho y de la justicia “representativa”, en los términos de Nancy Fraser, que surge ante el contrato social hipotético celebrado entre la empresa y la sociedad al realizar, la primera de estas, actividades que impactan considerablemente en los derechos humanos, generando una suerte de relación de sujeción. Como hemos recalcado antes, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas considera que una manera de fomentar la legitimación democrática es la

²⁸⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial y Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, disponible en: <https://goo.gl/PLwaH> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

²⁸¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, Informe de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, disponible en: <https://goo.gl/stVnK1> (Consulta: 25 de mayo de 2017)

participación de todas las personas en la evaluación de las repercusiones de las políticas de la globalización en los derechos humanos.

CONCLUSIONES FINALES

A lo largo de este trabajo se han expuesto un conjunto de ideas que permiten concluir lo siguiente:

- I. A partir de iniciativas como los "Principios Rectores" no debería otorgarse a la "Responsabilidad de respetar los derechos humanos" un significado puramente moral y voluntario. Por el contrario, la idea de derechos humanos implica un conjunto de deberes esencialmente jurídicos cuya observancia es obligatoria, estos preceptos están caracterizados por la heteronomía y reforzados por la coacción. Además, podrán tener como fuentes la Constitución o las leyes de un país determinado o un tratado internacional. Mas no se trata tan sólo de ciertos intereses objetivados en una norma, sino también de la convergencia entre lo jurídico y lo moral, pues el recurso de la persuasión logra un compromiso más pleno que la coacción.
- II. El deber de respeto por los derechos humanos incorpora la noción de "debida diligencia empresarial", mediante la cual toda empresa necesita definir las acciones que debe emprender para contrarrestar sus impactos negativos y para prevenir o reducir los impactos potenciales. Esta tarea debe plasmarse en un Plan de Acción, cuyo contenido vincula de modo obligatorio a todos sus sistemas de gestión. Lo anterior debe acompañarse de un monitoreo sobre la efectividad de sus respuestas y la difusión amplia de información concerniente a sus acciones. En ese sentido, herramientas tales como las auditorías externas brindan el soporte operativo y legal que permite medir la efectividad de las iniciativas empresariales implementadas y cumplir con las exigencias de transparencia (rendición de cuentas).
- III. Dicho lo anterior, debe considerarse que la actividad empresarial, además del objetivo puramente económico, debe tener en cuenta una pluralidad de límites esencialmente morales y jurídicos –como el "buen vivir"–, por lo que un enfoque exclusivamente economicista y lucrativo de la empresa es insuficiente o, en ciertos casos, contrario a los derechos humanos. El concepto de desarrollo, compatible con los derechos

humanos que se postula al momento de abordar la cuestión de la actividad empresarial está desprovisto de cualquier connotación individualista que coloca el lucro, y no al ser humano, como piedra angular del desarrollo. En ese sentido, toda actividad empresarial deberá ir acompañada de una estrategia que prevenga sus impactos en los derechos humanos.

- IV. Frente a la evidencia existente, resultaría inconsistente restarle eficacia a los derechos humanos en las relaciones entre particulares. Sobre todo, en una relación asimétrica entre empresa y ser humano, donde la primera puede llegar a rebasar el poder del Estado (este escenario es más visible cuando se trata de las *Systemically Important Financial Institutions*) y alcanzar una envergadura capaz de configurar el modo de vida de las personas. Aunque procesalmente existen matices sobre la viabilidad de la *Drittwirkung der Grundrechte*, formulada a partir del impacto del constitucionalismo social sobre las relaciones entre privados (efecto irradiación y primacía de la Constitución), esta doctrina justifica la asunción de responsabilidades empresariales en materia de derechos humanos.
- V. En el contexto de la globalización económica, las empresas que operan a nivel global no están reguladas a esa misma escala. Esta situación es resultado de la des–territorialización de los centros de decisión política y económica, así como de la descentralización espacial de los procesos productivos, distributivos y de consumo. Frente a la des–territorialización de los centros de decisión política y económica, debe fomentarse la participación en el contexto de la globalización, al menos, a través de la evaluación de las repercusiones en los derechos humanos de las políticas –como las de comercio, inversiones, economía y finanzas– o los proyectos de desarrollo mundial, del sector público o privado.
- VI. En relación a la descentralización espacial de los procesos productivos, distributivos y de consumo deberá robustecerse una estructura legal que incorpore un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, exista un consenso social

suficientemente amplio. Este orden normativo debe quedar a salvo del señorío de los poderes “salvajes” de naturaleza privada e incorporar a los derechos humanos como contenido de observancia categórica.

- VII. Finalmente, cabe señalar que la asunción de compromisos morales por parte de las empresas debe ser aprehendida como una conducta que coadyuva y complementa la responsabilidad empresarial de respeto por los derechos humanos, y no como una facultad que permitiría a la empresa, en ciertos casos, excusar el cumplimiento de estos preceptos obligatorios cuando, por ejemplo, la rentabilidad y las necesidades industriales así lo requieren. En ese sentido, las empresas pueden coadyuvar a la actividad regulatoria, sin que ello suponga suprimir o relevar a los órganos estatales en su función legislativa. Con todo, el *soft law* es una alternativa a la que puede apelarse cuando es necesario proyectar el interés prioritario sobre un asunto concreto y que, de otro modo, resultaría complicado debido a la coexistencia de distintas perspectivas sobre un mismo problema.

BIBLIOGRAFÍA

A. Libros

- AMIN, S., *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona, 1999.
- ARELLANO, J., *¿Minería sin fronteras?*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2011.
- ASÍS, R. de, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- _____. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid, 2000.
- BAUMOL, W. J. y BLACKMAN, S. A. B. (Editores), *Perfect markets and easy virtue: Business ethics and the invisible hand*, Blackwell Publishers, Cambridge, 1991.
- BELAUNDE, J. de, PARODI, B. y MUÑOZ, D., *Cómo promover la responsabilidad social empresarial en el Perú. Marco legal e institucional*, Universidad del Pacífico, Lima, 2001.
- CABO, C. del, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado Constitucional y el Constitucionalismo del Estado Social*, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 1997.
- CARROLL, A. *Business and Society*, South Western, Cincinnati, 1989.
- CASSESE, A., *International Law*, Oxford University, New York, 2002.
- CORTINA, A., *Ética de la empresa, claves para una nueva cultura empresarial*, Trotta, Madrid, 1994.
- DRUCKER, P. F., *La Sociedad Poscapitalista*, Ediciones Apóstrofe, Barcelona, 1993.
- ECHAVE, J. de, DIEZ, A., HUBER, L., REVESZ, X., y TANAKA, M., *Minería y conflicto social*, CBC, CIPCA, CIES e IEP, Lima, 2009.
- EMBID, J. M. y VAL, P., del, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.
- FARIÑAS, M. J., *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" N° 16, Dykinson, Madrid, 2000
- _____. *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004.
- _____. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

- FREEMAN, R. E. y GILBERT, D. R. *Corporate Strategy and the Search for Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1988.
- FREEMAN, R. E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Pitman Press, Boston, 1984.
- GALEANO, E., *El libro de los abrazos*, Siglo XXI de España editores, Madrid, 2009.
- GARCÍA, G., *Cien años de soledad*, Plaza & Janés Editores, Barcelona, 2001.
- GARCÍA, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La "Drittwirkung" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Civitas, Madrid, 1986.
- GIDDENS, A., *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1993.
- _____. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000.
- GÓMEZ-GALÁN, M., SAINZ, H., ALBARRÁN, M. y NIEBLAS, M., *Derechos Humanos y Empresas. Avances desde España*, Fundación CIDEAL de Cooperación e Investigación, Madrid, 2015.
- HAYEK, F. A., *Democracia, justicia y socialismo*, Unión Editorial, Madrid, 1977.
- _____. *Camino de servidumbre. Textos y documentos*, Unión Editorial, Madrid, 2008.
- HERNANDO, E., *Deconstruyendo la legalidad: Ensayos de teoría legal y teoría política*, segunda edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo Editorial de la Fundación Academia Diplomática del Perú, Lima, 2002.
- HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1995.
- HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Ciudad de México, Fontamara, 2001.
- JUDT, T., *Algo va mal*, Taurus, Madrid, 2010.
- KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- KIRTON J. J. y TREBILCOCK, M. J., *Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Ashgate, Adershot, 2004.
- LÓPEZ-FRANCOS, A., *Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial*, Instituto Berg – Berg Oceana Aufklärung, Madrid, 2015.
- MANGABEIRA UNGER, R., *Democracia realizada. A alternativa progressista*, Boitempo Editorial, Sao Paulo, 1999.

- MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas multinacionales y derechos humanos en Derecho Internacional*, Bosch, Barcelona, 2008.
- ORELLANA, M., *Fragmentación y acumulación de regímenes internacionales: los derechos indígenas v/s privilegios de los inversionistas. Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias internacionales y Contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas, Temuco, 2004.
- PAZ, O., *Sueño en libertad. Escritos políticos*, Editorial Seix Barral, Barcelona, 2001.
- PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1995.
- PÉREZ, O., *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, Dykinson, Madrid, 2005.
- PRIETO, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- RUGGIE, J., *¿Solamente negocio? Multinacionales y derechos humanos*, Icaria Editorial, Barcelona, 2014.
- RUSSELL, B., *Antología*, Siglo XXI editores, Ciudad de México, 2004.
- SACHS, J., *El Fin de la Pobreza. Como conseguirlo en nuestro tiempo*, Debate, Barcelona, 2005.
- SALADRIGAS, R., *Voces del “boom”. Monólogos*, Alfabia, Barcelona, 2011.
- SANDEL, M. J., *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Debolsillo, Madrid, 2014.
- _____. *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Debate, Barcelona, 2013.
- SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, Barcelona, 1997.
- _____. *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000.
- _____. *Sobre ética y economía*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid, 2009.
- TEITELBAUM, A., *Al margen de la ley. Sociedades transnacionales y derechos humanos*, Gente Nueva Editorial, Bogotá D. C., 2007.
- _____. *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*, Icaria-Antracyt, Barcelona, 2010.
- VILLEGAS, Y., *Drittwirkung der Grundrechte: estudio comparado y aplicación en México. ¿Es factible implementarla en México, tal y como se ha efectuado en Alemania, España y Colombia?*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2011.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2011.

B. Artículos

ABBOTT, K. W. y SNIDAL, D., "Hard and Soft Law in International Governance", en *International Organization*, volumen 54, 2000, pp. 421–456.

———. "Strengthening International Regulation through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, volumen 42, 2009, pp. 501–578.

ANDRADE, G. I., "Minería: hacia una licencia social", en *Portafolio* (Edición electrónica: 31 de marzo de 2013), disponible en: <https://goo.gl/w8WiWM>, (Consulta: 27 de abril de 2017)

ANGUITA, C., "El rol del Derecho en la Responsabilidad Social de la Empresa", en *Ars Boni et Aequi*, año 8, número 1, 2011, pp. 215–233.

ANSUÁTEGUI, F. J., "Derechos humanos y empresa en el contexto de la internacionalización", en *Políticas Públicas*, volumen 5, número 1, 2012, pp. 3–23.

———. "El sentido moral del imperio de la ley: tesis y consecuencias". Este artículo es una versión del texto que se publicará próximamente en la revista *Doxa*, en el homenaje a Francisco Laporta y Liborio Hierro, y en *Ordines*, revista en línea.

———. "La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias", en *Anuario de filosofía del Derecho*, número 23, 2006, pp. 187–204.

ARRIBAS, S. y DEL CASTILLO, R., "La justicia en tres dimensiones: entrevista con Nancy Fraser", en *Minerva: Revista del Círculo de Bellas Artes*, número 6, 2007, pp. 24–29.

ASÍS, R. de, "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y Poder", en CAMPOY, I., *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, número 2, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 59–73.

———. "Los derechos humanos en un mundo globalizado", en FERNÁNDEZ–MARTOS, J. M., MIRALLES, F. y GONZÁLEZ, B. (Coordinadores), *Lo global y lo cercano en el corazón de la Universidad*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, pp. 65–80.

ATIENZA, M., "Constitucionalismo, globalización y derecho", en A. A. V. V., *La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Federación de Cajas de Ahorros Vasco–Navarras, Vitoria–Gasteiz, 2008, pp. 213–224.

BALLARIN, J., "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La 'Drittwirkung' en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", en

Revista Española de Derecho Constitucional, número 24, 1988, pp. 283–315.

BARRANCO, M. C., “Vulnerabilidad, derechos humanos y empresas”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 34, 2016, pp. 1–16.

BELLOSO, N. “Algunos efectos perversos de la globalización: las empresas transnacionales y el deber de respeto de los estándares mínimos internacionales de derechos humanos”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía*, número 28, 2013.

CANTÚ, H., “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen XV, 2015, pp. 611–658.

CASSEL, D., “Empresas multinacionales y complicidad en violaciones de los derechos humanos: confusión judicial estadounidense”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, número 63, 2009, 255–281.

CHINKIN, C., “Normative Development in the International Legal System”, en SHELTON, D. (Editora), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 21–31.

CLAPHAM, A., “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, en MACDONALD, R, MATSCHER, F. y PETZORLD, H., *The European system for the protection of human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 163–206.

CONNOR, L. F., “Entre la verdad y la realidad: Lo ‘real-maravilloso’ de la masacre bananera en Cien años de soledad”, en *Divergencias. Revista de estudios lingüísticos y literarios*, volumen 7, número 2, 2009, pp. 34–42.

CORTÉS, F. J., “La ética empresarial desde la perspectiva de los costes de transacción. Un enfoque teórico”, en Boletín Económico de ICE N° 2899, diciembre de 2006, pp. 47–58.

CORTINA, A. y CONILL, J., “La Responsabilidad Social de la Empresa y la Ética Empresarial”, s/f, pp. 23–37.

CORTINA, A., “Ética de la empresa: sin ética no hay negocio”, en CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 263–284.

_____. “El ‘Global ‘Compact’”, en *Diario El País* (Edición impresa: 25 de mayo de 2002)

CUESTA, M. de la, VALOR, C. y HOLGADO–TELLO, F., “Aproximación a la medición del compromiso de las empresas con los derechos humanos: un análisis de las empresas españolas del IBEX 35”, en *Innovar*, número 21, 2011, pp. 197–207.

- DÍAZ, F. J., “Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución de 1978”, en *Pensamiento Constitucional*, año XVI, número 16, 2012, pp. 55–85.
- DÍAZ, G., “Los derechos humanos y la Responsabilidad Social Corporativa”, en CUESTA, M. de la y RODRÍGUEZ, L. (Coordinadores), *Responsabilidad Social Corporativa*, Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 335–363.
- DOMINGO, T. de, “El problema de Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la Filosofía del Derecho”, en *Derechos y Libertades*, número 11, 2002, pp. 251–290.
- ECHAIDE, J., “Responsabilidad Social Empresaria: un sobrevuelo por la norma ISO 26000”, en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, números 20 y 21, 2009, pp. 137–162.
- ESCOBAR, I., “Aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas”, en CARBONELL, M., CARPIZO, J. y ZOVATTO, D. (Coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, UNAM, Ciudad de México, 2009, pp. 151–254.
- FARIA, J. E., “Democracia y gobernabilidad: los Derechos Humanos a la luz de la globalización”, en *Travesías: Política, cultura y sociedad en Iberoamérica*, número 1, 1996, pp. 19–46.
- FARIÑAS, M. J., “De la globalización económica a la globalización del Derecho: los nuevos escenarios jurídicos”, en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, volumen 8, enero – junio de 2000, pp. 179–194.
- . “Globalización y cultura de la legalidad”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, número 2, 2012, pp. 109–114.
- . “Neoindividualismo y desigualdad”, en *Diario El País* (Edición impresa: 5 de enero de 2005)
- FERNÁNDEZ, J. C., “Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales”, en GONZÁLEZ, J. V. (Director) *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII. *Comercio exterior*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 83–137.
- FERNÁNDEZ, M., “Ética empresarial a golpe de crisis. El país ha dado tímidos pasos para fomentar la transparencia en los negocios”, en *Diario El País* (Edición impresa: 25 de octubre de 2015)
- FERRAJOLI, L., “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de Derecho Privado”, en: A. A. V. V., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2002, pp. 99–110.
- . “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, número 15, 2016, pp. 113–136.

- FRASER, N., "Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento", en *New Left Review*, vol. 4, 2000, pp. 55–68.
- FREEMAN, R. E. y REED, D. L. "Stockholders and stakeholders: A new perspective on corporate governance", en *California Management Review*, número 25, 1983, pp. 88–106.
- FRIEDMAN, M., "A Friedman doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", en *The New York Times Magazine*, 13 de septiembre de 1970. pp. 17 y 122–126.
- FUERTES-PLANAS, C., "Deberes y responsabilidades del hombre", en SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. y HOYO, I. A. (Editores), *Modalidades de responsabilidad jurídica: deber y obligación*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 45–74.
- GARCÍA, M. P., "Responsabilidad Social Empresarial y Autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del Derecho", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, número 2141, 2012, pp. 1–16.
- GARCÍA, K., ENGEL, P. y ADOUE, S. B., "'Cien años de soledad' y la masacre de Aracataca", en *Question*, volumen 1, número 9, 2006, pp. 1–10.
- GARRIDO, H., "La empresa: actor internacional de relevancia para la protección de los derechos humanos", en GÓMEZ, F., ENCISO, M., y EMALDI, A., (Editores), *Globalización y Derecho: desafíos y tendencias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 1–8.
- GARRIGA, E. y MELÉ, D., "Desenredar la maraña de las teorías de responsabilidad social corporativa", en *Journal of Business Ethics*, número 53, 2004, pp. 51–71.
- GARZÓN, E., "Los deberes positivos generales y su fundamentación", en *Doxa*, número 3, 1986.
- GÓMEZ, F., "Las empresas transnacionales y su obligación de respetar los derechos humanos", en GÓMEZ, F., HERRÁN, A. y ATXABAL, A. (Editores), *Retos del Derecho ante una economía sin fronteras*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 241–249.
- GRANT, C., "Friedman Fallacies", en *Journal of Business Ethics*, volumen 10, número 12, 1991, pp. 907–914.
- GREAR, A. y WESTON, B. H., "The Betrayal of Human Rights and the Urgency of Universal Corporate Accountability: Reflections on a Post – Kiobel Lawscape", en *Human Rights Law Review*, volumen 15, número 1, pp. 21–44.
- HABERMAS, J., "El valle de lágrimas de la globalización", en *Claves de la razón práctica*, número 109, 2001, pp. 4–10.
- HAYEK, F. A., "Chapter twenty-two: The Corporation in a Democratic Society: In Whose Interest Ought It To and Will It Be Run?", en HAYEK, F. A.,

Studies In Philosophy, Politics And Economics, The University of Chicago Press, Chicago, 1967, pp. 300–312.

HERNÁNDEZ, J., *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: historia de una asimetría normativa de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Observatorio de las Multinacionales en América Latina y la Universidad del País Vasco, Madrid y Bilbao, 2009, pp. 45–46.

IGLESIAS, M., “Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 9, 2005, pp. 41–70.

ISEA, R., “Las empresas y los derechos humanos”, en *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, número 12, 2011, pp. 1–28.

JULIOS–CAMPUZANO, A., “Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho”, en JULIOS–CAMPUZANO, A. (Editor), *Dimensiones Jurídicas de la Globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 13–40.

KOFMAN, A., “Las fuentes del realismo mágico en la literatura latinoamericana”, en *La Colmena*, número 85, 2015, pp. 9–17.

LAPORTA, F. J., “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 9, año 2005, pp. 177–198.

LARRAÑAGA, P., “Globalización, regulación económica y teoría del Derecho”, en GARCÍA, A. (Coordinador), *Racionalidad y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 317–344.

LÓPEZ, F., “El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria*”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 20, 2010, pp. 67–91.

———. “La *lex mercatoria*: una excepción a la legitimidad del orden jurídico–político moderno”, en BARRANCO, M. C., CELADOR, O., VACAS, F. (Coordinadores), *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, Colección Gregorio Peces–Barba, número 1, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 319–342.

LOZANO, J. M., “De la responsabilidad social de la empresa (RSE) a la empresa responsable y sostenible”, en *Papeles de Economía Española*, número 108, 2006, pp. 40–62.

MADRID, A., “Los deberes de las corporaciones transnacionales”, en ESTÉVEZ, J. (Editor), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 195–222.

———. “Poderes irresponsables: la reconfiguración contemporánea del concepto político jurídico de responsabilidad”, en ESTÉVEZ, J. y

- MESSINA, G. (Editores), *La democracia en bancarrota*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 109–126.
- MARTÍN-ORTEGA, O., “International responses to multinational enterprises lack of accountability for human rights abuses in the context of globalisation”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, número 7, 2006, pp. 179–201.
- MARULLO, M. C. y ZAMORA, F. J., “Transnational Human Rights Litigations. Kiobel’s Touch and Concern: A Test Under Construction” en HURI-AGE, volume 1, 2016.
- MCWILLIAMS, A. y SIEGEL, D., “Corporate social responsibility: A theory of the firm perspective”, en *Academy of Management Review*, número 26, 2001, pp. 117–227.
- MENDOZA, M., “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en *Pensamiento Constitucional*, número 11, 2005, pp. 219–270.
- MERCADO, P., “Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 9, año 2005, pp. 127–150.
- MEYER, W. H., “Human Rights and MNC’s: Theory versus Quantitative Analysis”, en *Human Rights Quarterly*, volumen 18, 1996, pp. 368–397.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J., “La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, número 20, 2007, pp. 583–608.
- MONEDERO, J. C., “Mundialización y transformación del Estado: perspectivas desde la Ciencia Política”, en MONEDERO, J. C., *Cansancio del Leviatán. Problemas políticos de la mundialización*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 319–372.
- PECES-BARBA, G., “Ética pública – ética privada”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, número XIV, 1997, pp. 531–544.
- _____. “Las bases éticas, políticas y jurídicas del orden mundial futuro”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, número 63, 2009, pp. 21–36.
- _____. “Los deberes fundamentales”, en *Doxa*, número 4, 1987, pp. 329–341.
- PÉREZ, E. F., “La gestión del patronato de las fundaciones y la responsabilidad social corporativa”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y EMBID, J.M. (Directores), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 73–110.
- PÉREZ LUÑO, A. E., “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, número 20, 2007, pp. 495–511.

- _____. "La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho", en *Derechos y Libertades*, número 14, enero de 2006, pp. 151–178.
- PISARELLO, G., "Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales", en *Isonomía*, número 15, 2001, pp. 95–96.
- POGGE, T., "Priorities of Global Justice", en *Metaphilosophy*, volumen 32, número ½, 2011, pp. 6–24.
- PRANDI, M., "Del Pacto Mundial al compromiso de la empresa con los derechos humanos", en *Mediterráneo Económico*, número 26, 2014, pp. 173–189.
- RAMOS, J., "Economía y ética", en *Estudios Públicos*, número 116, 2009, pp. 113–127.
- RIBOTTA, S., "Globalización versus Derechos Humanos. ¿Pueden configurarse los Derechos Humanos como una estrategia emancipadora en el actual contexto de globalización neoliberal?", en *Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable*, volumen 1, número 3, pp. 3–15.
- RODRÍGUEZ, J. M., "El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho", en RODRÍGUEZ, J. M., *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 67–82.
- RUGGIE, J., "Reconstituting the Global Public Domain: Issues, Actors, and Processes", en *European Journal of International Relations*, volumen 10, 2004, pp. 499–531.
- RUIPÉREZ, J., "Sobre la eficacia de los derechos fundamentales: de la 'libertad natural' a la Drittwirkung der Grundrechte", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 8, 2004, pp. 1159–1174.
- RULFO, J., "'Pedro Páramo', treinta años después", en *Cuadernos Hispanoamericanos*, números 421 – 423, 1985, pp. 5–8.
- SACHS, J., "Globalization and the Rule of Law", en *Occasional Papers, Paper 2*, 1998, disponible en: <https://goo.gl/hDyRFy> (Consulta: 25 de mayo de 2017)
- SANGUINETI, W., "La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales", en ESCUDERO, R., *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, Ediciones Cinca y CCOO, Madrid, 2008, pp. 443–465.
- SHELTON, D., "Law, Non-law and the problem of 'Soft Law'", en SHELTON, D. (Editora), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1–18.

- SOLOMON, R. C., “La ética de los negocios”, en SINGER, P. (Editor), *Compendio de Ética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 483–498.
- SOTELO, C. y GARCÍA, K., “Tierra y libertad: una propuesta para la tutela del medio ambiente en la Constitución mexicana”, en *Letras Jurídicas, revista electrónica de Derecho del Centro Universitario de La Ciénaga de la Universidad de Guadalajara*, número 24, 2017.
- SOUSA SANTOS, B. “Colombia: el revés del contrato social de la modernidad”, en SOUSA SANTOS, B. y GARCÍA, M., *El caleidoscopio de la justicia en Colombia: análisis socio-jurídico*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2001, pp. 11–83.
- TORO, M. del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen VI, 2006, pp. 513–549.
- TORTOSA, J. M., “Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Buen Vivir”, en *Aportes Andinos*, número 28, 2011.
- VEGA, P. de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales”, en CARBONELL, M. *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, Ciudad de México, 2002, pp. 694–695.
- _____. “La eficacia horizontal del recurso de amparo: problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, número 46, 1992, pp. 357–375.
- VELTMAYER, H., “Economía política de la extracción de recursos naturales: ¿nuevo modelo de desarrollo o imperialismo extractivo?”, en *Estudios Críticos del Desarrollo*, volumen 3, número 4, 2013, pp. 9–43.

C. Otros documentos

- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Estrategia renovada de la UE para 2011–2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. Documento COM/2011/ 68.
- _____. Libro verde: fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. Documento COM/2001/0366.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, World Investment Report, UNCTAD, Nueva York, 2002.
- _____, World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development, UNCTAD, 2011.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Publicada el 7 de septiembre de 2011)

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, Reporte del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas – “Promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho al desarrollo”, 11 de agosto de 2016, A/HRC/33/42.

_____. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión de Derechos Humanos, 21 de enero de 2003, E/CN.4/2003/90.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-134/94, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia T-256/15, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

_____. Sentencia T-327/01, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

_____. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

_____. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

_____. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE PERÚ, *Informe anual de la Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad*, DP, Lima, 2010.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE CHILE, *Mapa de conflictos socioambientales en Chile*, INDH, Santiago de Chile, 2012.

INTERMÓN OXFAM, *La empresa española y los derechos humanos. Claves para una internacionalización responsable*, Intermón Oxfam, Madrid, 2013.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas”, Resolución que aprueba el “Segundo Informe. Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas” y la “Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas”, documento CJI/doc.449/14 rev.1., CJI/RES. 205 (LXXXIV-O/14) (13 de marzo de 2014)

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “17/4. Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas”, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/17/4 (6 de julio de 2011)

_____. “Declaración sobre el derecho al desarrollo”, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

_____. “Derechos humanos y comercio”, presentación del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en la Quinta Conferencia Ministerial de la OMC (10–14 de septiembre de 2003)

_____. “Desarrollo y cooperación económica internacional: medio ambiente”, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, A/42/427 (4 de agosto de 1987)

_____. “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, Resolución del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/26/L.22/Rev.1 (25 de junio de 2014)

_____. “Estudio analítico sobre el principio fundamental de la participación y su aplicación en el contexto de la globalización”, Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presentado ante el Consejo Económico y Social, E/CN.4/2005/41 (23 de diciembre de 2004)

_____. “Incorporación del derecho al desarrollo en las normas y políticas de comercio internacional de la Organización Mundial del Comercio”, Estudio preparado por el profesor Robert Howse a solicitud de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2004/17 (9 de junio de 2004)

_____. “La globalización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos”, Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, E/CN.4/2002/54 (15 de enero de 2002)

_____. “Los derechos humanos, el comercio y las inversiones”, Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2 de julio de 2003)

_____. “Principios Rectores de los desplazamientos internos”, Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1998/53/Add.2 (11 de febrero de 1998)

_____. “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011)

- _____. “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos”, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008)
- _____. Declaración en nombre de un grupo de países en la 24^a edición de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 2013.
- _____. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación, Documento HR/PUB/12/2, ONU, New York, 2012.
- _____. Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales (1983)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Declaración Tripartita de Principios de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, disponible en: <https://goo.gl/vEmYDq> (Consulta: 25 de mayo de 2017)
- _____. Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, OIT, 2004.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión de 2011*, OECD Publishing, 2013, p. 15, disponible en: <https://goo.gl/mUNBhm> (Consulta: 25 de mayo de 2017)
- SANBORN, C. y DAMMERT, J., *Extracción de recursos naturales, desarrollo económico e inclusión social*, Informe reparado para Americas Quarterly, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 03343–2007–PA/TC, emitida el 19 de febrero de 2009.
- _____. Sentencia recaída en el expediente N° 0048–2004–PI/TC, emitida el 1 de abril de 2005.
- _____. Sentencia recaída en el expediente N° 0001-2012-PI/TC, emitida el 17 de abril de 2012.
- _____. Sentencia recaída en el expediente N° 06730-2006-PA/TC, emitida el 11 de julio de 2008.
- _____. Sentencia recaída en el expediente N° 00607-2009-PA/TC, emitida el 15 de marzo de 2010.
- TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, Sentencia 15 de enero de 1958, BVerfGE 7, 198 (Lüth)
- TRIBUNAL FEDERAL LABORAL ALEMÁN, Sentencia de 15 de enero de 1955, (*La igualdad de retribución para hombres y mujeres por el mismo trabajo*), en Nuevo Semanario Legal, número 18, 1955, pp. 684–688.