

LA RELACIÓN DEL DERECHO CON LA RSC

THE RELATIONSHIP OF THE LAW WITH THE RSC

J. Víctor Meseguer Sánchez

Director de la Cátedra Internacional de RSC de la Universidad Católica San Antonio de Murcia. E-mail: jvmeseguer@ucam.edu

Convidado

Doi: 10.5585/rdb.v17i7.732

RESUMEN: La invisibilidad de las empresas transnacionales para el Derecho internacional y su inaprehensibilidad por el Derecho nacional puede conducir a una instrumentalización y una mercantilización del Derecho, donde la moneda débil desplace a la fuerte; o dicho de otra manera, donde las normas indicativas ('soft law') desplacen a las normas imperativas ('ius cogens'), en temas tan nucleares como el respeto por los derechos humanos, sociales y medioambientales; cuya protección sigue siendo asimétrica en los distintos Estados (Norte-Sur), que conforman la comunidad internacional.

Este y no otro, es el contexto en el que asistimos a una repentina concienciación de las empresas por la defensa de los derechos económicos y sociales de los ciudadanos que, curiosamente, se traduce en una apuesta -o presión- por menos regulación y más autorregulación y donde la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) constituye su ejemplo más evidente. En la misma línea, pero de forma más crítica, hay quienes afirman que solo se trata de un testimonio más, de un nuevo paradigma mundial, el globalismo, donde los estados-nación son rehenes de las instituciones financieras y grandes corporaciones internacionales. Lo que da lugar a una apropiación del Derecho internacional por parte de los poderes económicos.

¿Regulación o autorregulación? No podemos obviar que uno de los principales riesgos de la autorregulación, común a cualquier norma privada, es que podría dar lugar a que se desarrolle y trivialice la práctica del 'self service', del 'pick and choose' normativo o, dicho en otras palabras, del Derecho a la carta; es decir, la capacidad de las grandes corporaciones transnacionales para «legislar» y delimitar el alcance de su responsabilidad.

Palabras clave: Derecho, Innovación Social, Responsabilidad Social Corporativa.

ABSTRACT: The lack of visibility of trans-national corporations for Private International Law and national laws, can lead to a certain tampering or misuse of the law, in which the *weak currency* displaces the *hard currency* or, in other words, a context in which the *soft law* displaces the imperative rules (*ius cogens*) in key areas such as human, social and environmental rights, whose degree of application continues to be asymmetric within different countries of the international community (North/South divide).

In this context, we observe a progressively raised awareness among companies about the need to defend the economic and social rights of citizens, that paradoxically translates into a demand of less regulation and more self-regulation. Corporate Social Responsibility (CSR) constitutes a very well-known example of this trend towards less compulsory regulation and more self-regulation. Similarly, but from a more critical perspective, several observers stress that the above-

mentioned trend is another example of a *new global paradigm*, the globalism, in which nation-states are “hostages” of the main financial institutions and trans-national corporations. This paradigm leads to an *appropriation* of International Law.

Regulations VS. self-regulation? We cannot obviate that one of the main risks associated to self-regulation, which is common to any private rule, is that it could lead to a wide dissemination of the *self-service law* or *legal pic and choose*; concepts that refer to the capacity of the main trans-national corporations to “legislate” and delimit the scope of their responsibility.

Keywords: Law, Social Innovation, Corporate Social Responsibility.

SUMARIO : 1.Relación del Derecho con la RSC; Conclusiones; Fuentes Bibliográficas

1.RELACIÓN DEL DERECHO CON LA RSC

El concepto de RSC presenta una expresión poliédrica donde múltiples y complejas variables inciden sobre su contenido. Una definición de síntesis sobre la RSC se podría formular de la siguiente manera: la Responsabilidad Social representa una aspiración de mejora en las relaciones con los grupos que rodean a la organización: los grupos de interés (accionistas, propietarios, proveedores, empleados, clientes, consumidores), y también un estilo transparente de gestión de los recursos, que garantice los resultados esperables, siguiendo tres principios: el principio económico del beneficio mutuo; el principio ético de preservación de los recursos naturales no renovables, patrimonio de las generaciones futuras y el principio jurídico de respeto a los derechos individuales y colectivos.

Respecto a su encaje jurídico la doctrina se divide en dos posiciones. En primer lugar, se alinean las teorías que defienden el pluralismo jurídico, que encuentran su base teórica en aquellas posiciones que desde la doctrina apuntan que el paradigma monista del Derecho ha entrado definitivamente en crisis y, consiguientemente, alertan sobre la posibilidad del fin del monopolio estatal en la producción jurídica. Frente a ellas están las que, tomando como referencia el modelo social europeo, sitúan a la RSC en un punto de convergencia entre intereses presuntamente enfrentados: la libertad de empresa, la prevalencia del interés general y los principios jurídicos que informan el Estado Social y de Derecho cuya ponderación, a nivel de las normas fundamentales, resuelven tanto el Tratado Constitutivo de la UE como la CE y, en el plano teórico, el principio de subsidiariedad, cuya formulación no es producto de la tradición comunitaria si no de la de la doctrina social de la iglesia¹ y que viene a plantear la distribución de tareas en la construcción del bien común entre el Estado, los grupos intermedios que vertebran y articulan la sociedad y, en base a la principio de idoneidad, por empresas ciudadanas comprometidas con el desarrollo del Estado del Bienestar. Un nuevo paradigma subyace tras este desarrollo teórico: las consecuciones de los objetivos del Estado Social no tienen por qué ser un monopolio del Estado, sino que, partiendo de un nuevo modo de entender la empresa, ésta puede ser, también, corresponsable en su logro.

Por último, hay quienes matizan la segunda de las posiciones enunciadas y afirman que la RSE tiene una clara vertiente jurídica, más allá de la relación de *adicionalidad* o “*beyond compliance*”², cuestionando su naturaleza voluntaria y planteando la necesidad de su regulación jurídica. Por ejemplo, si se parte del estudio del modelo del Estado Social y Derecho se podrá concluir que éste no ha conformado una realidad estática, sino que ha ido evolucionando a lo largo de la historia y, quizás, la RSC tenga más trascendencia de la que se le otorga en esta crisis

¹ SCHICKENDANTZ, C.: El principio de subsidiariedad en la Iglesia: Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica. *Teología y vida*, 2001, vol. 42, no 3, p. 280-291.

² BARKEMEYER, R.: *Beyond compliance—below expectations CSR in the context of international development*, en *Business Ethics: A European review*, Vol.18, n.º. 3. 2009, pp. 273 y ss.

del modelo del Estado del Bienestar. En esta dirección, quienes defienden la regulación imperativa de la RSC, encuentran su acomodo normativo en la ponderación entre la libertad de empresa y otros principios conformadores del Estado Social. Por ejemplo, tal y como se recoge en la Constitución Europea, en su artículo 76, la libertad de empresa encuentra sus límites en “*el derecho de la propia Unión*”, lo que abre la vía para introducir con rango normativo, como no puede ser de otro modo, entre otras, las cuestiones de RSC³ :

Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. En esta línea de argumentación, hay quienes afirman que “es el Derecho -y el concepto mismo de Derecho- lo que cambia, y ese cambio requiere de altas dosis de responsabilidad⁴.

Si hubiera que calificar el estado de la cuestión del contenido y alcance de los instrumentos extra legales aplicables a las empresas transnacionales en materia de RSC, se podría aseverar que existe una situación de cierto desconcierto debido a la proliferación, un tanto desordenada, de iniciativas muy variadas y de distinta naturaleza y alcance jurídico: internacionales, regionales, nacionales; públicas y privadas, alianzas público-privadas, etc.

Uno de los problemas más importantes de los distintos instrumentos -por su relación con el ordenamiento jurídico- aplicables a las empresas transnacionales en materia de RSC, es precisamente su incapacidad jurídica para generar obligaciones, vinculantes o jurídicas en sentido estricto.

Este argumento, parte de la constatación de que se trata de un sector en el que —a nivel público- predominan, como se ha señalado, las normas *soft law*⁵: leyes blandas o indicativas y, a nivel privado, distintos instrumentos como las cartas éticas y los códigos de conducta, que representan la expresión más acabada de la autorregulación de las empresas. En relación a estas últimas, además, se puede presumir la pretensión de evitar la reglamentación jurídica imperativa.

“Es decir, con estas iniciativas privadas, las empresas pretenderían prevenir los riesgos hacia su imagen o, lo que es lo mismo, los costes de la irresponsabilidad. Por ejemplo, responder a las acusaciones de que son objeto por externalidades negativas en el ámbito de los derechos humanos, laborales, medioambientales, así como por las cada vez más frecuentes prácticas de corrupción”⁶.

A nivel público, tal y como se apunta desde la doctrina y la literatura científica, el *soft law*:

se ha utilizado para describir las normas internacionales, en particular en el ámbito de los derechos humanos, medio ambiente y últimamente en el comercio, que los estados son reacios a reconocer como compromisos jurídicamente exigibles y cuya ejecución prefieren entregarla exclusivamente a lo que los propios gobiernos decidan, tales como decisiones no vinculantes de organismos internacionales o acuerdos bilaterales o multilaterales, cuya ejecución depende de lo que cada gobierno esté dispuesto a hacer⁷.

³ FUENTES GANZO, E.: “La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas”. N.º.3. *Pecunia*, 2006.pp. 1 a 20.

⁴ HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho y Responsabilidad Social* [versión electrónica], diario *El país*, 2008, 4 de agosto.

⁵ BORGIA, F.: *La soft law come strumento di regolamentazione delle attività delle imprese multinazionali*, en *Diritto del commercio internazionale*, n.º. 2. 2010, pág. 311.

⁶ PRANDI, M., y LOZANO, J.M.: *La RSE en contextos de conflicto y postconflicto: de la gestión del riesgo a la creación de valor*. Barcelona 2010, pág. 214.

⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Las Normas de Derechos Humanos de la ONU para empresas: Hacia la responsabilidad legal*. London. 2004, pág. 40.

En el ámbito de las alianzas público-privadas, como es el caso del Pacto Mundial, estas prescripciones alcanzan dimensión normativa entre las empresas que se suscriben al pacto (*ex contractu*) y, también resulta palmario, que estos principios tienen un carácter de corpus mínimo que de lege ferenda es susceptible de aplicación. No obstante, por ejemplo, la principal crítica al Global Compact trae causa en la ausencia de mecanismos de control sobre los informes de progreso de las empresas adheridas, así como en la inexistencia de mecanismos para hacer valer su cumplimiento una vez que las empresas se han adherido.

Respecto de los sistemas de autorregulación (códigos éticos y/o de conducta de las empresas), cabe resaltar que desde la doctrina⁸ se alerta sobre la posibilidad de que, en no pocos casos, estos códigos, utilizando una depurada técnica normativa, introduzcan nuevas obligaciones para los trabajadores, con la pretensión de reconstruir “clandestinamente” el contrato de trabajo y, consiguientemente, el marco de relaciones laborales en un contexto predeterminado por la unilateralidad. Esto confronta con la cultura de la negociación colectiva, tradicionalmente asumida (por lo menos en el espacio jurídico europeo) como la fórmula más garantista para la superación de asimetrías de poder en la interlocución entre empleados y empleadores.

La UE y sus países miembros (aunque de una forma desigual) conforman un espacio jurídico propicio para el liderazgo en la capacidad propositiva en materia de RSC. Es de destacar que, precisamente en este ámbito comunitario, es donde el desarrollo de la RSC alcanza, por primera vez, mayores niveles de juridificación.

En lo referente a la naturaleza y consecuencias jurídicas del marco institucional y jurídico comunitario se debe señalar que desde una perspectiva operativa, por parte del Derecho de la Unión y del de cada Estado miembro, hay que situar el Libro Verde como un instrumento que encauza las políticas públicas en el ámbito de la RSC: algo más que una mera declaración de intenciones y algo menos que una norma jurídica de carácter positivo; pero que en un sistema jurídico como el español o los de tipo continental tiene efectos jurídicos como fuente del Derecho, conforme a lo que preceptúa el art. 1,4 del Código civil. Pues al establecer el rango de las normas jurídicas se jerarquizan como leyes, costumbres y Principios Generales del Derecho y, en este sentido, como documento normativo de la Comisión son Principios del Derecho, es decir, la interpretación auténtica que la Comisión confiere a los mismos. Por último, en relación con las Directivas Comunitarias, tal y como indica el artículo 189.3 del Tratado de la Comunidad Económica Europea: "La Directiva vincula a los Estados miembros destinados en cuanto al resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios". (Más allá de lo establecido por la jurisprudencia respecto al efecto directo de las directivas)⁹.

En el caso de España son de destacar, por su impacto, tres normas que apalancan el desarrollo de RSC en nuestro país: el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas, la ley 15/2010, de 9 de diciembre, de Responsabilidad Social Empresarial en Extremadura y, por último, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que desarrolla una legislación específica que obliga a las empresas por encima de un umbral de tamaño, a las cotizadas y a las de titularidad estatal a la elaboración, remisión al Consejo Estatal y difusión de sus informes anuales con sus políticas y resultados en materia de RSC.

En la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, recoge en su artículo 6 (Medidas de fomento de las entidades del Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal), letra c, se afirma” Fomentar la diversificación de las fuentes de financiación,

⁸ CALVO GALLEGU, F. J.: *Códigos Éticos y Contratos de Trabajo: algunas notas*, en FERNANDEZ DEL AMOR, J. A. y GALA DURAN, C. (Coords.) *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*. Madrid. 2009, pág. 247.

⁹ TJCE, sentencia de 4.12.1974, Van Duyn, asunto 41/71, Rec. 1974.

especialmente mejorando la normativa sobre mecenazgo e impulsando la responsabilidad social empresarial.

De otro lado, es preciso mencionar que la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados de España ha venido recordando que se elaboren y difundan memorias de sostenibilidad de acuerdo a estándares reconocidos internacionalmente, como pueden ser los elaborados por el *Global Reporting Initiative*. Otro aspecto es que se debe hacer referencia a la problemática planteada por la regulación autonómica de la RSC, que se está desarrollando de una forma descoordinada con la regulación estatal y, en su caso, internacional, generando en algunos casos mayor confusión y mayores ventajas para las propias empresas, especialmente, las de ámbito nacional y transnacional.

En lo referente a las conexiones e impacto de la RSC en el Derecho Medioambiental español, es un hecho contrastable, que lo que hoy es voluntario, mañana puede ser parte integrante del ordenamiento jurídico y, dicho en términos más concretos, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico, lo que hoy forma parte del Derecho dispositivo, mañana puede pasar a engrosar el sector del *ius cogens* como Derecho necesario. En España, ejemplos paradigmáticos en el ámbito del Derecho Medioambiental y en la jurisprudencia asociada del Tribunal Supremo son instituciones como la responsabilidad objetiva y el reconocimiento de legitimación activa a ONG.

Una de las aportaciones más innovadoras en esta materia, es la de quienes consideran que la autorregulación unida a la noción de responsabilidad social y al Derecho de información de accionistas y consumidores, podría convertirse en uno de los pilares del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁰, un campo en el que ya se cuenta con avances notorios¹¹.

Tal y como viene afirmando el penalista Adán Nieto¹², "la autorregulación unida a la noción de responsabilidad social podría convertirse en uno de los pilares de un futuro modelo europeo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta tesis se fundamenta en el "defecto de organización" como presupuesto de dicha responsabilidad. Además, en cuanto herramienta política criminal, la autorregulación sería un método eficaz para la prevención y esclarecimiento de los delitos que atenten contra los bienes jurídicos afectados por la actividad

¹⁰ NIETO, A.: *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*, en *Política*, nº 5. 2008, pp. 1 - 18.

¹¹ A nivel de nuestro ordenamiento y a modo de ejemplo, el paso más importante de nuestro Derecho penal en esta materia lo representa la Reforma del Código Penal, el 23 de junio de 2010. Se publicó en el BOE, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Esta reforma supone la defunción del principio "SOCIETAS DELINQUIRE NON POTEST", o lo que es lo mismo, de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. A grandes rasgos, la principal novedad es que *la responsabilidad de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquellas*. Posteriormente, la entrada en vigor el pasado 1 de julio de la reforma del Código Penal de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal). La nueva Ley, por ejemplo, obliga a las empresas a crear sistemas de prevención delitos que las puedan eximir de la responsabilidad penal. En caso contrario, no tendrán ningún eximente para librarse del castigo. No obstante, la reforma deja un espacio para el desarrollo de políticas de RSE en esta materia, dado que, tal y como se desprende del texto, si antes de la comisión del delito la empresa ha implementado un sistema de control anticorrupción (una *due diligence* anti-fraude y corrupción; un programa de cumplimiento penal o investigaciones anti-fraude y corrupción), este puede actuar como supuesto de no imputabilidad del delito a la persona jurídica, puesto que faltaría el requisito de intencionalidad (dolo) o, en su caso, de falta de diligencia (imprudencia). Entre otros, se introducen importantes novedades a nivel tipos penales y consecuencias en los siguientes ámbitos: delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico; delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social; delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente; delitos contra la Administración pública y, por último, delitos contra las transacciones comerciales internacionales.

¹² NIETO, *Ibidem*.

empresarial, lo que se correspondería no sólo con la actual tendencia legislativa europea sino también con la norteamericana".

El análisis de las propuestas planteadas en la doctrina apunta, de forma mayoritaria, en la dirección de que la solución no pasa por regular los contenidos de la RSC, sino por regular un marco para el desarrollo de la misma, que nos permita disponer de una información corporativa homogénea y comparable, no sólo de la naturaleza y consecuencias jurídicas de los compromisos voluntarios de las empresas con terceros -por ejemplo, códigos de conducta-, sino del cumplimiento efectivo de la legislación vigente por parte de éstas. Una tarea de innovación jurídica, que precisa ser definida a nivel internacional para dar más "Derecho" a quienes tienen menos "Derecho" y no al contrario; pero intentando buscar un punto de equilibrio que evite, de un lado, que ésta contribuya a una mayor dualización de las condiciones de vida y trabajo entre países en función a su grado de desarrollo y, de otro, que sea utilizada para desregular derechos adquiridos en los países más avanzados. En ambos casos, desde una parte de la doctrina se considera que los: "...enfoques voluntarios son incapaces de reducir los abusos persistentes y de conseguir el cumplimiento de normas sustantivas generalmente aceptadas. También ignora la realidad histórica de que con frecuencia se precisa algún tipo de marco jurídico para poner freno a los abusos". No obstante, las mismas fuentes afirman que

mediante la interpretación judicial (doctrina de actos propios) y regulación legal (la posibilidad de que el incumplimiento de códigos de conducta pueda constituir práctica comercial para engañar a los consumidores y competir deslealmente¹³) es posible avanzar hacia la obligatoriedad de tales compromisos para las empresas que los adoptan¹⁴.

Nos enfrentamos a una realidad, donde el carácter transnacional de las STNs les permite sortear las leyes y reglamentaciones nacionales e internacionales desfavorables a sus intereses. Por lo tanto, constituye una prioridad de primer orden encontrar soluciones jurídicas adaptadas a esta nueva situación, que eviten escenarios donde las STNs presionen e influyan en las decisiones de los gobiernos de los países que las acogen o se aprovechen de las legislaciones más débiles de los países menos desarrollados. Es decir, instrumentos adicionales a la ley interna de los países en desarrollo que acogen a las STNs, que pueden servir como medios complementarios, para exigir a las filiales¹⁵ de estas empresas, comportamientos sociales y medioambientales a los que las sociedades matrices deban respetar en los países donde tienen residenciada la personalidad jurídica. Una ecuación difícil porque, en cualquier momento, pueden residenciar la misma en paraísos fiscales o países con una legislación laxa.

En cualquier caso, recurrir exclusivamente a acciones a nivel nacional, por muy importantes que éstas sean, es insuficiente para regular las actividades de las STNs que tienen la capacidad de estar "en todas partes y en ninguna". Ni siquiera las escasas experiencias en Derecho comparado en esta materia¹⁶ como, por ejemplo, la referente a los Estados Unidos de Norteamérica con la Ley Alien Tort Claims Act (permite que un extranjero inicie cualquier acción civil por cualquier daño cometido en violación de las leyes nacionales o de un tratado firmado por los Estados Unidos) tienen la eficiencia jurídica que sería deseable. Se pueden tomar

¹³ Unión Europea. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.05.2005, sobre las prácticas comerciales desleales de las empresas en la relación con los consumidores en el mercado interior, Art. 6 N° 2 (Diario oficial de la Unión Europea N° L 149 de 11/06/2005).

¹⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Las Normas de Derechos Humanos de la ONU para empresas: Hacia la responsabilidad legal*. London. 2004, pág. 37.

¹⁵ Por ejemplo, General Electric, la empresa más grande del mundo, tiene 1.157 filiales, Toyota tiene 341 y Nestlé, 487. (UNCTAD, Informe Mundial de la Inversión. Nueva York y Ginebra, 2006.

¹⁶ Técnica judicial del levantamiento del velo corporativo que permite imputar a las STNs las consecuencias de las decisiones que tomen sus filiales.

como ejemplos demandas que conciernen a las mayores empresas alimenticias del mundo (Nestlé, Daniels Midland, Cargill) por acusaciones muy graves de complicidad en el tráfico de menores, tortura y trabajo forzado de niños..., pendientes de resolver. Casos parecidos se han registrado en países como Inglaterra, Canadá y Australia, pero para la doctrina judicial en estos países todavía están en discusión los requisitos para que una sociedad matriz sea legalmente responsable de las consecuencias de sus filiales en países terceros. En cualquier caso, se tiene que precisar que se trata de demandas civiles y, consiguientemente, en caso de condena, sólo darían lugar a indemnizaciones: “la subcomisión de Derechos Humanos podría recomendar a los Estados, la modificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional con el fin de permitir demandas por violaciones de derechos económicos, sociales y culturales”¹⁷.

En definitiva, se dan las condiciones para la puesta en marcha de un marco jurídico internacional para las STNs. Una necesidad que se deduce a las claras del documento de la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU, relativo a las “Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras comerciales en la esfera de los Derechos Humanos”, (donde, entre otras cuestiones, sorprende el llamamiento de la SCDH a las STNs para que respeten la soberanía nacional de los países donde operan) y, especialmente, cuando en su Anexo Cuarto, los operadores consultados afirman: “(...) aprobamos sin reservas la voluntad de la SCDH de imponer a las STNs un marco jurídico internacional obligatorio a fin de controlar sus actividades y de prevenir y sancionar las violaciones que se produzcan”. Más adelante, en el citado texto se recoge la necesidad de que “la responsabilidad que corresponde atribuir a las sociedades transnacionales, en cuanto a todo el proceso de producción, de distribución y de comercialización, del que ellas tienen el control efectivo y en particular su responsabilidad solidaria con sus proveedores, subcontratistas y licenciarios (...)”. También se demanda “la introducción en el proyecto del principio de responsabilidad civil y penal” y, por último, la necesidad de que las medidas “conduzcan a instrumentos de aplicación obligatorios realmente eficaces, especialmente en el ámbito internacional”.

Se concluye el texto con la afirmación de que: “frente a la pretensión de las sociedades transnacionales de continuar actuando por encima y al margen de las leyes, es preciso que los Gobiernos y los organismos pertinentes de las Naciones Unidas den prueba de su determinación para cumplir con sus mandatos y con su obligación de defender la democracia y los Derechos Humanos. El abandono o el aplazamiento indeterminado en la consideración del proyecto, deberá interpretarse como una claudicación de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de los Gobiernos frente a la arrogancia del poder económico internacional”.

Para concluir, hacer mención a la situación de indefensión jurídica de las víctimas. El Representante Especial del Secretario General sobre Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras empresas comerciales (ONU), ya en su informe de 2008 hace referencia a: “la incompleta y defectuosa –mezcla de mecanismos- que existen hoy para garantizar que las personas y comunidades afectadas por abusos empresariales tengan acceso a un recurso”; con el tiempo mantuvo “es poco probable que haya avances para terminar con la impunidad de que gozan agentes privados abusivos”, lo que hoy casi diez años más tarde en el 2017 se mantiene con plena actualidad.

Todo este debate fue recogido en el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie: Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar” que, una vez más, no dejan de ser unas líneas directrices de eficacia limitada a la voluntad del derecho interno de los Estados. En España, en línea con las directrices de la Unión Europea, se ha trabajado en la materialización de los Principios Rectores a través de -El Plan Nacional sobre Empresas y

¹⁷ Véase, ÖZDEN, M.: *Sociedades transnacionales y Derechos Humanos*, Paris 2005, pág. 20.

Derechos Humanos- que, tras un proceso de dialogo con la sociedad civil, llegó a la mesa del Consejo de Ministros en junio de 2014, sin haber sido aprobado al día de la fecha.

Una vez más, se evidencia que la globalización económica no ha venido acompañada de un adecuado marco regulatorio que garantice los Derechos Humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales¹⁸. Las reglas de juego de la comunidad internacional han cambiado y los mercados mundiales (las grandes corporaciones financieras, así como las grandes empresas multinacionales y transnacionales) desalojan o sustituyen la iniciativa política, donde: “la tarea principal de la política, delimitar bien los marcos jurídicos, sociales y ecológicos dentro de los cuales el quehacer económico es posible y legítimo socialmente, se sustrae a la vista o se enajena”¹⁹.

Una nueva realidad que viene condicionada por las grandes asimetrías de poder, donde muchas empresas son más poderosas que muchos estados. Por ejemplo, de las 100 economías más grandes del mundo, 51 son empresas. En este contexto, las grandes corporaciones empresariales pueden tener personalidad jurídica (de hecho, muchas la tienen), incluso muchas personalidades jurídicas, así como la facultad para trocear y domiciliar sus actividades en muy diferentes países, según convenga a sus intereses. En definitiva, este hecho puede plantear la posibilidad de que escondan sus responsabilidades detrás de los velos que ofrece la personalidad jurídica. A resultas, sus responsabilidades se volatizan, pero sus residuos económicos, sociales y ecológicos no, tal y como la actual crisis económica y financiera ha evidenciado²⁰.

Desde el último fracaso de la ONU en esta materia -Las Normas de la ONU, sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos, (Normas)- han propiciado el escenario para la elaboración de un marco normativo que establezca el significado de las obligaciones de derechos humanos de las empresas: “Cualquier ejercicio en este sentido, no sólo tendrá que revisar el terreno cubierto por las Normas, sino también examinar cómo el orden jurídico internacional se ha desarrollado más allá de una exclusiva preocupación por los agentes estatales”²¹.

Desde la doctrina hay quienes van más allá y, por ejemplo, a la vista de las graves externalidades negativas, que a nivel social han creado los responsables de la crisis financiera, especialmente, los costes económicos y humanos (desempleo, pérdida de la vivienda, devaluación de la riqueza familiar, suicidios, ...etc.), se preguntan si: “de la misma forma que se crearon instituciones y procedimientos para perseguir los crímenes políticos contra la humanidad, es hora de hacer lo mismo con los económicos”²².

¿Una corte mundial para las multinacionales? Este parece ser el debate reabierto sobre la necesidad de una legislación internacional que controle a las STNs, algo que vuelve a ser actualidad tras los informes elaborados por la ONU²³.

¹⁸ La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena reconoció que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están interrelacionados. Antes de Viena, la mayoría de las organizaciones de derechos humanos en el norte privilegiaban los derechos civiles y políticos, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran ignorados y marginados. Véase FEENEY, P.: «Empresas y Derechos Humanos: la lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agenda de incidencia», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*. V.6, nº 11, 2009. pp. 177-195.

¹⁹ BECK, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*,. Barcelona, 2008, pág. 77.

²⁰ TEITELBAUM, A.: *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*, Barcelona. 2010, pág. 164.

²¹ VCLAPHAM, A.: *Rethinking the Role of Non-State Actors Under International Law*. Oxford. 2006, pág. 237.

²² BENERIA, L. y SARASÚA, C. *Crímenes económicos contra la humanidad* [versión electrónica], en *Diario El País*, 2011, 29 de marzo.

²³ Con la difusión de dos informes elaborados por el relator de la ONU para los derechos humanos, Martín Scheinin, y por el relator para la tortura, Manfred Nowak, se ha puesto de nuevo sobre la mesa la pertenencia de instaurar una Corte Mundial para los derechos humanos en la que puedan juzgarse los abusos cometidos por las grandes corporaciones. Véase

Un debate que viene de lejos. Ya en los años 70, en el seno de Naciones Unidas, tuvo lugar una discusión sobre la conveniencia o no de elaborar unas normas internacionales que regulasen específicamente la actividad de las corporaciones transnacionales. Finalmente, se malogró como consecuencia de la presión de las grandes corporaciones y las más prestigiosas escuelas de negocios, que lograron imponer un nuevo discurso que bajo la denominación de Responsabilidad Social Corporativa constituye un nuevo “*paradigma de gestión empresarial basado en la autorregulación, la unilateralidad y la no exigibilidad jurídica*”²⁴.

Un cambio de lógica de la obligatoriedad a la voluntariedad, que encuentra uno de sus hitos más importantes con la creación del Global Compact (Pacto Mundial) que, tal y como se ha abordado en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, se trata de una iniciativa voluntaria, en la cual las empresas se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios (redactados en diez líneas), universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anti-corrupción, pero que carece de mecanismos para hacer exigibles estos principios.

En este contexto económico, político y social, hay quienes se plantean si la Responsabilidad Social (RSE) no constituye una respuesta voluntaria de las empresas a la ausencia de regulación internacional, reconstruyendo de manera radical el equilibrio de fuerzas que existía en las relaciones entre el Estado y las empresas; y dando lugar a un nuevo modelo de relaciones de poder, que se concreta en un nuevo paradigma de gobernanza mundial, donde el poder del legislador nacional e internacional se desdibuja y el poder de las corporaciones crece en derechos pero no en obligaciones: “Gobernar la globalización y orientarla para que beneficie realmente a las personas exige una regulación efectiva, directa e internacional del comportamiento de las empresas multinacionales”²⁵.

Esta situación, demanda una respuesta del Derecho frente a riesgos que nadie parece poder controlar: empresas que pueden violar los Derechos Humanos con sus prácticas de empleo, o por la forma en que sus procesos de producción repercuten en los trabajadores, las comunidades locales y el medio ambiente²⁶. Empresas que también pueden estar implicadas en abusos por su asociación con gobiernos totalitarios y represivos, así como por su complicidad con gobiernos democráticos pero corruptos.

Por otro lado, la relativa pero no inevitable invisibilidad²⁷ de las empresas transnacionales para el Derecho internacional, así como también su cada vez más intensa inaprehensibilidad²⁸ por el Derecho nacional, parecen conducir a una instrumentalización y una

²⁴ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., y RAMIRO, P.: “¿Una corte mundial para las multinacionales?” [versión electrónica], en *Diagonal*, 2009, 15 de septiembre.

²⁵ LÓPEZ, D.: *La responsabilidad laboral de las empresas multinacionales*, Santiago de Chile. 2007, pág. 13.

²⁶ En este sentido, se manifiesta la Dra. Méndez Rocasolano cuando explica la “dinamogénesis de los valores” como proceso para motivar la existencia de un verdadero derecho subjetivo al ambiente cuyo contenido está vinculado al desarrollo de la persona, a la protección de la Naturaleza y el desarrollo sostenible. Vid MÉNDEZ ROCASOLANO, M.: *El derecho a un entorno vital para el desarrollo de la persona*, Dykinson, Madrid 2017.

²⁷ “Las STNs operan como un grupo de empresas que carece de identidad legal propia distinta de las empresas o filiales que la componen: todas y cada una de ellas sí tienen una denominación legal específica un domicilio determinado y están obligadas a regirse por las leyes del país en el que operan. Mientras tanto, el grupo transnacional flota en el mundo abriendo y cerrando negocios sin una normativa internacional que le afecte de manera directa. La sociedad matriz de una STN está sujeta a la legislación del país en el que registra su domicilio, pero como empresa específica y no como cabeza de un conglomerado mundial. Esta invisibilidad institucional –sólo identidad legal en cada filial, pero no en el grupo empresarial que opera a escala mundial- le permite a las multinacionales evadir de forma eficaz las normas y responsabilidades”. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Las Normas de Derechos Humanos de la ONU para empresas: Hacia la responsabilidad legal*, London 2004, p.16.

²⁸ La dificultad radica en establecer si los tribunales del país donde registra su domicilio la sociedad matriz son competentes para perseguir la responsabilidad de esta sociedad por el comportamiento de sus sociedades filiales que están domiciliadas y operan en otros países. Si se avanza un paso más, además, se constata que es habitual que las STNs operen a través de relaciones con proveedores, fabricantes, comercializadores y financiadores, todos bajo su

mercantilización del Derecho, donde la moneda débil desplace a la fuerte; o dicho de otra manera, donde las normas indicativas (soft law) desplacen a las normas imperativas (ius cogens) en temas tan nucleares como el respeto por los Derechos Humanos, así como los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y por último, los Derechos Medioambientales, cuya protección sigue siendo asimétrica en los distintos Estados que conforman la comunidad internacional.²⁹ Unas desigualdades (Norte-Sur) que justifican aún más la necesidad de fortalecimiento del ordenamiento jurídico internacional en estas materias.

Este y no otro, es el entorno en el que asistimos a una repentina concienciación de las empresas por la defensa de los derechos económicos y sociales de los ciudadanos que, paradigmáticamente, se manifiesta en una apuesta (o presión) por menos regulación y más autorregulación, y donde la llamada Responsabilidad Social Corporativa (en adelante RSC) constituye el ejemplo más evidente.

Con el mismo trasfondo, pero de forma más crítica, hay quienes afirman que la RSC supone sólo un testimonio más de un nuevo prototipo de gobernanza mundial, el globalismo, donde los Estados-Nación son rehenes de las instituciones financieras y grandes corporaciones internacionales, dando lugar a una apropiación del Derecho internacional por parte de los poderes económicos.

La RSC no deja de ser una nueva expresión del pluralismo jurídico, pero de otra naturaleza y de complejidad desigual al pluralismo político, que da lugar a un nuevo andamiaje jurídico internacional, caracterizado por el solapamiento de reglas, normas y valores a diferentes escalas, de fuentes distintas y con actores “viejos” y “nuevos”.

Un debate abierto en el que subyacen nuevos problemas jurídicos pendientes de solución:

Primero. - Hay que traer a colación que el contenido esencial del Derecho privado clásico trae causa en la autonomía y manifestación de la voluntad de las partes, así como en la libertad contractual. Una situación curiosa pero que tropieza con la naturaleza unilateral de la RSC.

Segundo.- No se puede obviar que uno de los principales riesgos de la autorregulación, común a cualquier norma privada, es que podría dar lugar a que se desarrolle y trivialice la práctica del self service, del pick and choose normativo o, dicho en otras palabras, del Derecho a la carta; es decir, la capacidad de las grandes corporaciones transnacionales para “legislar” y delimitar el alcance de su responsabilidad, así como las normas materiales sobre las que esta se sustenta, y cuyo resultado podría ser que, mientras sus obligaciones se muevan en los contornos de la impunidad o, en el mejor de los casos, desde la debilidad de las normas indicativas, sus derechos se tutelen desde la fortaleza jurídica de la Ley mercantil o del Derecho Internacional de las inversiones, algo que favorece los intereses de las empresas transnacionales frente a los intereses de los países que las acogen, especialmente, cuando se trata de países no desarrollados.

Finalmente argüir, que la lógica de la defensa del bien común e intereses generales apunta hacia la elaboración de un instrumento internacional “obligatorio” para que las grandes empresas y otros inversores cumplan con los Derechos Humanos y el Medio Ambiente. En el campo específico de estudio se podría colegir que existe una necesidad jurídica de elaborar las bases para un futuro Derecho Penal del Medio Ambiente que tomara en consideración a las

control. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Las Normas de Derechos Humanos de la ONU para empresas: Hacia la responsabilidad legal*, London 2004, p.16.

²⁹ Las STNs gozan de una gran flexibilidad operativa que les permite crear filiales rápidamente en países que ofrezcan ventajas lucrativas para la inversión o cerrar otras en lugares en que, por ejemplo, las autoridades decidan fortalecer su institucionalidad para que los impuestos efectivamente se paguen y las obligaciones de protección del medio ambiente se cumplan. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Las Normas de Derechos Humanos de la ONU para empresas: Hacia la responsabilidad legal*. London. 2004, pág.17.

Sociedades Transnacionales como nuevo sujeto internacional e identificar a las conductas tipificables por antijurídicas.

Por último, se debe señalar que, como se ha podido constatar en la primer y segunda parte de este trabajo, las grandes corporaciones hace tiempo que han iniciado la gran huida del Derecho para aquellas cuestiones que no son de su interés, por ejemplo, el acceso de las víctimas de violaciones en el ámbito de los Derechos Humanos y Medio Ambiente³⁰ a vías de reparación judicial.

Como afirma en el curso general de Derecho Internacional³¹ de los profesores Antonio Remiro Brotóns, Rosa Riquelme Cortado, Javier Díez-Hochleitner, Esperanza Orihuela Calatayud y Luis Pérez-Prat Durbán: “Afinando su significación en el campo de las relaciones y del derecho internacional, la mundialización es un hecho, un proceso histórico que culminó cuando la noción del tiempo y del espacio europeos y, luego, occidentales, se hicieron mundiales. Esta mundialización fue durante un largo tiempo compatible con una visión eurocéntrica de la sociedad internacional mundial, arropada por conceptos como el deber sagrado de extender la civilización a los bárbaros y salvajes con métodos coloniales e imperialistas y propagar las bondades del liberalismo y del capitalismo urbi et orbe...”

Afirmando más adelante que: “Un nuevo orden conduce a nuevas normas y obligaciones que, cuando profundizan en principios ya admitidos, reafirman y mejoran la validez del Derecho Internacional. Cuando no es así, durante un tiempo se tiene la impresión de que el Nuevo Orden se hace contra el Derecho Internacional. Pero esta impresión no dura siempre porque, finalmente, o bien el Derecho Internacional se acomoda a las políticas del Nuevo Orden, o bien es reemplazado por un Derecho que merece otras clasificaciones”.

CONCLUSIONES

Solo la ley que nace de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos puede garantizar el equilibrio entre el poder económico y una ciudadanía mundial desprotegida por las instituciones internacionales.

Una norma de derecho imperativo (o *ius cogens*), de derecho duro, que despliegue sus funciones de prevención general, prevención especial, así como la de retribución.

La realización de la justicia precisa también de un nuevo modelo de gobernanza mundial, que restablezca el equilibrio en un conflicto de clases y pueblos, cuyo poder sigue siendo asimétrico y cuyas consecuencias ecológicas y sociales no deberían interesar a ninguna de las partes.

Sin embargo, a la vista de estos acontecimientos, la oportunidad de reflexionar sobre la capacidad del Derecho para continuar siendo el instrumento más adecuado en la regulación de las relaciones sociales, económicas y políticas constituye un debate jurídico de actualidad y, en este contexto, se hace necesario un debate de los diversos ámbitos legislativos.

La lógica de la defensa del bien común e intereses generales apunta hacia la elaboración de un instrumento internacional "obligatorio", para que las grandes empresas y otros inversores cumplan con los derechos humanos y el medio ambiente. En el campo específico de estudio, se podría colegir que existe una necesidad jurídica de elaborar las bases para un futuro Derecho

³⁰ En marzo de 2012 el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer un mandato sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente que tiene como propósito, estudiar las obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. El 2012 se nombró como primer Experto independiente en la materia a el Sr. John Knox. Véase BORRÁS PENTINAT, S., «Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza», *R.V.A.P.*, 2014, núm. especial 99-100. p. 658

³¹ REMIRO, A., RIQUELME, R., DÍEZ, J. ORIHUELA, E. Y PÉREZ-PRAT, L.: *Derecho Internacional: curso general*. Valencia. 2010, pág. 103.

Penal del Medio Ambiente frente a la unilateralidad, voluntariedad y la ausencia de consecuencias jurídicas de la llamada Responsabilidad Social Corporativa.

Una vez más, se evidencia la necesidad de avanzar en un nuevo marco legislativo que elimine el carácter voluntario de las políticas de Responsabilidad Social Empresarial, avanzando en la aplicación del principio de transparencia en el desarrollo empresarial, transparencia en la gestión económica, laboral, social y medio ambiental. La reforma operada en nuestro Código Penal de 2015, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y las condiciones que deben cumplir los sistemas de control de las organizaciones, supone una importante conquista; una innovación jurídica que interpela al Derecho Internacional a continuar en esta misma dirección.

La falta de recursos para la protección eficaz de la parte más débil no es una opción. El único camino posible es el que apunta hacia nuevos modelos de gobernanza democrática, desde el nivel local al internacional, que interpelen a la necesaria fortaleza del Derecho Internacional Público y, principalmente, el Derecho Internacional Penal, para una defensa colectiva de derechos individuales y colectivos, conformadores del interés general y el bien común.

FUENTES Y BIBLIOGRAFIA

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Las Normas de Derechos Humanos de la ONU para empresas: Hacia la responsabilidad legal*. London. 2004.

BARKEMEYER, R.: *Beyond compliance—below expectations CSR in the context of international development*, en *Business Ethics: A European review*, Vol.18, nº. 3. 2009.

BECK, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, 2008.

BENERIA, L, y SARASÚA, C.: *Delitos y crímenes económicos contra la humanidad*. *Revista de economía crítica*, 2011, no 12.

BORGIA, F.: *La soft law come strumento di regolamentazione delle attività delle imprese multinazionali*, en *Diritto del commercio internazionale*, nº. 2. 2010.

CALVO GALLEGO, F. J.: *Códigos Éticos y Contratos de Trabajo: algunas notas*, en FERNANDEZ DEL AMOR, J. A. y GALA DURAN, C. (Coords.) *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*. Madrid. 2009.

DIARIO RESPONSABLE. Edición digital de fecha 26/06/11. Sitio Web: www.diarioresponsable.com

FEENEY, P.: «Empresas y Derechos Humanos: la lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agenda de incidencia», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*. V.6, nº 11, 2009.

FUENTES GANZO, E.: “La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas”. Nº.3. Pecunia, 2006.pp. 1 a 20.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho y Responsabilidad Social* [versión electrónica], diario *El país*, 2008, 4 de agosto.

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., y RAMIRO, P.: “¿Una corte mundial para las multinacionales?” [versión electrónica], en *Diagonal*, 2009, 15 de Septiembre.

LÓPEZ, D.: *La responsabilidad laboral de las empresas multinacionales*, Santiago de Chile. 2007.

NIETO, A.: *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*, en *Política*, nº 5. 2008.

ÖZDEN, M.: *Sociedades transnacionales y Derechos Humanos*, Paris 2005, pág. 20.

PRANDI, M., y LOZANO, J.M.: *La RSE en contextos de conflicto y postconflicto: de la gestión del riesgo a la creación de valor*. Barcelona 2010.

REMIRO, A., RIQUELME, R., DÍEZ, J. ORIHUELA, E. Y PÉREZ-PRAT, L., *Derecho Internacional: curso general*. Valencia. 2010.

SCHICKENDANTZ, C.: El principio de subsidiariedad en la Iglesia: Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica. *Teología y vida*, 2001, vol. 42, no 3, p. 280-291. TEITELBAUM, A.: *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*, Barcelona. 2010.

TJCE, sentencia de 4.12.1974, Van Duyn, asunto 41/71, Rec. 1974.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.05.2005, sobre las prácticas comerciales desleales de las empresas en la relación con los consumidores en el mercado interior, Art. 6 N° 2 (Diario oficial de la Unión Europea N° L 149 de 11/06/2005).

VCLAPHAM, A.: *Rethinking the Role of Non-State Actors Under International Law*. Oxford. 2006.