

EL ROL DE LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES Y LA SOCIEDAD CIVIL
GLOBAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL
COMO COMPONENTE DE LA GOBERNANZA GLOBAL CONTEMPORÁNEA

Sara Botero Restrepo

Asesor

José Alberto Toro Valencia

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT

Medellín

2014

Índice

1. INTRODUCCIÓN	5
2. MARCO TEÓRICO: ACTORES Y GOBERNANZA GLOBAL	7
2.1. Compañías multinacionales.....	7
2.2. Sociedad civil global	15
3. MARCO JURÍDICO DE LA GOBERNANZA GLOBAL FRENTE A LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS	33
3.1. Marco jurídico de las compañías multinacionales con respecto a los Derechos Humanos	33
3.2. Visión crítica. Rol de la sociedad civil global.....	54
4. CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	76

**EL ROL DE LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES Y LA SOCIEDAD CIVIL
GLOBAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL
EMPRESARIAL COMO COMPONENTE DE LA GOBERNANZA GLOBAL
CONTEMPORÁNEA**

ABSTRACT

The globalization process has turned multinational corporations into powerful actors in the contemporary global governance. This is why, when they incur in violations of Human Rights, the offenses often go unpunished. On one hand, there are soft law rules that would make them liable, as well as some private regulations; however they rely on the will of the corporations. On the other hand, International Law is more focused on binding directly the countries in which they operate, but they often lack the means to implement those rules, or avoid doing so because they are afraid to lose the investment brought by multinationals. The global civil society puts pressure both directly and indirectly to states and international organizations, pushing for a more binding and comprehensive legal framework.

KEYWORDS

Global governance, global civil society, multinational corporations, corporate social responsibility, Human Rights.

RESUMEN

El proceso de globalización ha convertido a las corporaciones multinacionales en actores poderosos de la gobernanza global contemporánea. Por esto, cuando incurren en violaciones a los Derechos Humanos, resultan impunes. Por un lado, existen normas de soft law que las harían

responsables de dichas violaciones, así como algunas regulaciones privadas; sin embargo, su efectividad depende de la voluntad de las compañías de aplicarlas. Por otra parte, el Derecho Internacional se enfoca en vincular directamente a los Estados en los que operan las compañías, pero frecuentemente estos carecen de una institucionalidad fuerte que permita implementarlas, o evitan hacerlo porque temen a perder la inversión que llevan las multinacionales a sus países. La sociedad civil global presiona a los Estados y a las organizaciones internacionales de manera directa, así como indirecta, con el fin de conseguir un marco normativo más vinculante y comprensivo.

PALABRAS CLAVES

Gobernanza global, sociedad civil global, compañías multinacionales, responsabilidad social empresarial, Derechos Humanos.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la gobernanza global, existen unos actores que no gozan de personalidad jurídica en el Derecho Internacional como los Estados, pero que por sus particularidades tienen unas obligaciones con respecto a los Derechos Humanos, no necesariamente relacionadas directamente con el desarrollo de su objeto social, pero que su actividad y el giro ordinario de sus negocios, les conduce a afectar muchas veces de manera negativa a las comunidades en las que operan y al medio ambiente.

En este sentido, se encuentra la necesidad de construir mecanismos normativos, desde una perspectiva que trascienda los accionistas de las empresas, es decir, desde una perspectiva de los *stakeholders*¹, que pretenda vincularlos jurídica y/o políticamente. Puesto que en la actualidad, la normatividad existente tiene problemas estructurales que conducen a que estos actores no sean directamente responsables de los mencionados abusos. Lo anterior se debe al poder que tienen que se hace evidente gracias a la globalización económica, y a la dificultad o falta de voluntad de los Estados de cumplir con el deber de proteger los derechos de sus ciudadanos. Los Estados encuentran beneficios a la inversión extranjera, particularmente por parte de las compañías multinacionales, que han influenciado a los Estados para obtener beneficios regulatorios, a cambio de la inversión, que tanto creen éstos que puede contribuir a su desarrollo.

¹ El Diccionario Oxford en línea, traduce al español el término *stakeholder* como depositario o interesado, sin embargo, define en su diccionario en inglés el término como “una persona con un interés o a quien preocupa algo, especialmente, un negocio”. Por lo tanto, se considera que ni depositario ni interesado son palabras que abarquen de manera suficiente lo que los autores quieren decir con el término *stakeholder*, y por esto se continuará utilizando la palabra en inglés a lo largo del texto. En el inglés original: “A person with an interest or concern in something, especially a business”. (Oxford University Press, 2014)

Asimismo, es necesario resaltar que los mecanismos de protección de los Derechos Humanos, no pueden reemplazar ni equipararse en ningún momento a las obligaciones que tienen los Estados de proteger a sus ciudadanos. Las obligaciones de las compañías no pueden tomarse como ruta de escape por parte de los Estados para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales vinculantes.

En este sentido, se ha visto la utilidad de realizar un proyecto de grado que señale las características del actual marco jurídico que regula las operaciones de las compañías, con el fin de criticar el alcance limitado que tiene éste, analizar el rol que juega la sociedad civil global en la gobernanza global, y la manera en que hace presión para exigir un mayor control respecto de los abusos frecuentes a los Derechos Humanos de las compañías multinacionales.

Así, se planteó como objetivo general, examinar el marco jurídico que regula a las multinacionales en cuanto a los Derechos Humanos, como ámbito de regulación de la responsabilidad internacional de las compañías multinacionales, e identificar el rol de la sociedad civil global en llamar la atención sobre la insuficiencia del mismo. Insuficiencia que se da en cuanto a una real protección de los derechos de las comunidades afectadas. A partir del mismo, se planteó describir las compañías multinacionales como actores emergentes y poderosos dentro de la gobernanza global contemporánea, identificar las características de la sociedad civil global a partir de su relación con las compañías multinacionales, estudiar el marco jurídico existente con respecto a las operaciones de éstas, especialmente el de la responsabilidad social corporativa. Por último, analizar el rol de la sociedad civil global en el diseño y la aplicación de los mecanismos de control de los efectos colaterales de las operaciones de las compañías multinacionales.

El presente proyecto se aborda mediante el estudio de diferentes fuentes académicas de los principales autores que han profundizado en el tema de las multinacionales, la gobernanza global, la sociedad civil global y la normatividad sobre inversiones internacionales.

De esta manera, se realiza un análisis cualitativo y documental, en el cual se consultan fuentes secundarias. Lo anterior, debido a que por las características de los objetivos que se pretenden alcanzar y el tiempo propuesto para realizar el proyecto, no se acudirán a fuentes primarias ni a herramientas cuantitativas. De conformidad con lo expuesto, el proyecto cuenta con actividades de análisis, síntesis, investigación y clasificación de la información.

En un primer momento, se analizan los actores que juegan un importante rol en la gobernanza global, como lo son las compañías multinacionales y la sociedad civil global. En un segundo momento, se describe el estado actual de cosas en cuanto al marco jurídico de las operaciones de las compañías, para finalizar con una crítica a las mismas, por parte de académicos y otros actores de la sociedad civil global, que buscan un rol más activo de las instituciones al regular a las compañías. Por último, el trabajo finaliza con algunas conclusiones a las que se llegaron a partir del análisis de los acápites previamente mencionados.

2. MARCO TEÓRICO: ACTORES Y GOBERNANZA GLOBAL

2.1. Compañías multinacionales

Los actores no estatales comprenden un amplio rango de entidades, (Spiro P. , 2013, pág. 1102) y aunque tengan sus diferencias, tienen en común que piensan y actúan globalmente, que su Estado territorial no es en principio su organizador, y que servir a los intereses nacionales no es su principal motivación. (Ruggie J. G., 2004, pág. 510)

Las compañías multinacionales² se destacan como las más poderosas de ese grupo de actores. Lo anterior, se debe a que son empoderadas por la globalización, que ha facilitado la movilidad del capital. (Spiro P. , 2013, pág. 1103) Así, se han convertido en el centro de atención de los demás actores internacionales, y son utilizados por las ONG para avanzar sus intereses, puesto que son políticamente poderosas. En el ámbito local, pueden costear campañas políticas (Spiro P. J., 2013, pág. 235) y en el global, tienen el poder de poner asuntos en la agenda o de orientar la toma de decisiones como la de invertir o no en una u otra jurisdicción, lo que puede ser decisivo para la prosperidad económica de un lugar, al fomentar el empleo formal, la inversión extranjera y la riqueza.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD por sus siglas en inglés)

“agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo”.

Esta organización define a las compañías multinacionales como:

“empresas u otras entidades establecidas en más de un país y relacionadas de tal modo que pueden coordinar sus actividades de diversas formas. Aunque una o varias de estas entidades puedan ser capaces de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de las demás, su grado de autonomía en el seno de la empresa puede variar ampliamente de una empresa multinacional a otra. Pueden ser de capital privado, público o mixto”. (OECD, 2011, pág. 19)

² Aunque existe una distinción entre los términos compañías multinacionales y multinacionales, en el presente texto se hablará de las mismas como compañías multinacionales.

Son entonces entes económicos de origen privado, con fines y operaciones lucrativas en Estados y mercados diferentes. A pesar de estar ancladas a un domicilio social localizado, su actividad las deslocaliza. Así, se adaptan a los requerimientos de cada ordenamiento jurídico donde deseen desarrollar su actividad económica. Es probable que tengan estructuras jerárquicas, con alianzas estratégicas con otros productores, en busca de economías de escala para la manufactura. Al respecto, Kamminga y Zia-Zarifi citados por (Wells & Elias, 2005, pág. 149) establecen que:

“es la habilidad de las compañías multinacionales de operar a través de fronteras nacionales y por fuera de la supervisión efectiva del Derecho interno e internacional, que las hace actores importantes”.

En buena medida, las compañías multinacionales se han valido de tendencias como la tercerización y la deslocalización para potenciar su objeto social a favor de sus inversionistas.

Y esto porque para muchas compañías, operar globalmente implica adoptar un modelo operacional basado en un sistema que involucra diferentes niveles de entidades corporativas, y diferentes modelos de relaciones corporativas, que se difunden a través de varios países. Las mencionadas redes, por naturaleza, requieren que la matriz se despoje de un cierto grado de control sobre un número significativo de operaciones, sustituyendo relaciones de negocios por estructuras jerárquicas, (Ruggie J. G., 2013, pág. 2) haciendo más riesgoso el control de las instancias superiores sobre las inferiores.

En el Derecho interno, la naturaleza integrada de los grupos corporativos no es reconocida, un factor que tiene unas implicaciones significativas para la responsabilidad en cuanto a los Derechos Humanos. Bajo las normas domésticas, las compañías pueden

legítimamente usar una subsidiaria para proteger su matriz y otros miembros de un grupo corporativo que pueda atraer responsabilidad legal. Incluso en casos en los que una subsidiaria es declarada responsable de abusos a los Derechos Humanos, la responsabilidad no necesariamente está ligada a la de las demás compañías del grupo empresarial, por lo tanto, no necesariamente sería el caso que un peticionario exitoso pueda acceder a los activos de un grupo empresarial o los activos de los miembros o directivos. Los jueces locales, son reticentes a levantar el velo societario de los grupos empresariales de las matrices por actuaciones de las subsidiarias. (Simons, 2012, pág. 32)

Entonces, de acuerdo con Doh, citado en (Palazzo & Sherer, 2011, pág. 903) operan en ambientes complejos con demandas legales y sociales heterogéneas, por tanto es frecuente que no haya claridad en cuanto a qué actividades son consideradas legítimas y cuáles son inaceptables. Algunas operaciones son desplazadas al extranjero, más allá del alcance de los mecanismos de imposición del Estado Democrático de Derecho y estas condiciones pueden llevar a nuevas oportunidades y ventajas en cuanto a los costos, pero al mismo tiempo, más riesgos cuando las compañías se involucran en daños ambientales o son cómplices en abusos a los Derechos Humanos o laborales. En estos casos, los asuntos públicos que alguna vez fueron llevados por el gobierno de los Estado-naciones, ahora son asuntos que se deciden bajo la discreción de los gerentes corporativos.

De este modo, al descentralizarse se les hace más difícil controlar las actividades de sus subsidiarias y proveedores. Un factor que dificulta el control, es que las compañías operan globalmente, pero no están reguladas globalmente. En cambio, cada componente de la Entidad, está sujeto a la jurisdicción en la que opera (Ruggie J. G., 2013, pág. XVI).

Al mismo tiempo, las compañías eluden efectivamente las responsabilidades de las jurisdicciones mientras se benefician de los sistemas locales, que difícilmente se encuentran adaptados para la regulación corporativa efectiva. También, trasladan los sitios de producción y manejan las inversiones financieras en lugares en los que las normas locales les son más favorables. Por su parte, los gobiernos nacionales tratan de atraer o mantener negocios, al ofrecer subsidios, exenciones de impuestos, inversiones en infraestructura y recortes a las regulaciones proteccionistas. (Palazzo & Sherer, 2011, pág. 905) Entonces, las compañías explotan la competencia regulatoria para disminuir los costos de producción. (Spiro P. , 2013, pág. 1103)

El panorama empeora puesto que parece que existiera una simbiosis negativa entre los peores abusos a los Derechos Humanos y los países anfitriones de inversión extranjera, que se caracterizan por una combinación de bajos ingresos nacionales, un conflicto armado reciente o actual y un gobierno débil o corrupto. (Ruggie J. G., 2013, pág. 29) Sin embargo, aun cuando existen leyes nacionales que prohíben conductas abusivas, los Estados en muchos casos, fracasan implementándolas porque tienen pocas capacidades, tienen miedo a las consecuencias competitivas de hacerlo, o porque sus líderes subordinan el bien público a la ganancia privada (Ruggie J. G., 2013, pág. XVI)

A modo de ejemplo, se evidencian violaciones en el sector extractivo de recursos naturales, en los que existe una dependencia de factores geológicos. Como las compañías dependen de la actividad, podrían ubicarse en cualquier lugar del mundo, incluso en lugares con regímenes represivos, o con una institucionalidad baja, que probablemente no perseguirán las mencionadas violaciones. (Wells & Elias, 2005) Las compañías se aprovechan de la debilidad de estos Estados en los que se ubican debido a su actividad, pero los abusos no son exclusivos de este sector, pues también se han registrado en el sector manufacturero, en el que las compañías se

benefician de las fuerzas de trabajo locales a través de salarios bajos, jornadas extensas y condiciones de trabajo indignas sin la posibilidad de formar sindicatos para defender sus derechos.

Anghie, citado en (Simons, 2012, pág. 22) por su parte, dice claramente que la capacidad de gobernarse económicamente ha sido reducida para los Estados tercermundistas, desde su emergencia como Estados en la comunidad internacional. Puesto de otra manera, estos Estados han comenzado sus vidas como nuevos sujetos de Derecho Internacional con un control significativamente reducido sobre las inversiones extranjeras por sus contrapartes del norte. (Simons, 2012, pág. 22)

Es decir, los Estados en los que operan no siempre son democráticos ni institucionalmente fuertes, sino por el contrario, tienen un gran nivel de flexibilidad y uno bajo de control y vigilancia. Como consecuencia, muchas veces son más sensibles a los intereses de las multinacionales que a los de sus ciudadanos.

Además, las multinacionales tienen un gran poder para asegurarse de que los Estados de origen mantengan una postura favorable a la protección de su inversión global y asimismo se aseguran de que los Estados que no acojan la misma posición, sean penalizados a través del retiro de ayudas y créditos que estos países les brindan. Al mismo tiempo, los países en los que operan las multinacionales, que se encuentran en vía de desarrollo, son asistidos por los Estados de origen de las compañías a través de agencias internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. De esta manera, a los Estados hostiles hacia las multinacionales, les son negados privilegios que confieren estas agencias.

Esto se agrava por el sistema de votación de las mismas, en el que se pondera de acuerdo a las contribuciones monetarias, por esto los países desarrollados (de donde provienen la mayoría de las compañías multinacionales de gran tamaño), tienen una capacidad considerable de influenciar la política de estas instituciones. (Sornarajah, 2010, pág. 62)

De esta manera, las compañías multinacionales han abusado de su influencia en el mundo globalizado de hoy, ya que muchas compañías disponen incluso de más recursos que los Estados mismos, involucrándose con frecuencia en violaciones a los Derechos Humanos. Los actores corporativos multinacionales son infiltrados privilegiados del sistema legal internacional, no son sujetos formales del Derecho Internacional, sin embargo, juegan roles de promoción, negociación y redacción de tratados, acuerdos y regímenes de inversión y disfrutan de un gran éxito en sus estructuras y operaciones. (Simons, 2012, pág. 33) Lo anterior, les da un poder especial, de juez y parte en el sistema internacional.

Algunas personas incluso afirman que las compañías tienen interés en apoyar los regímenes autoritarios en los que rutinariamente se violan los Derechos Humanos. Allí, no es probable que los Estados tomen acciones en contra de las compañías multinacionales para proteger los Derechos Humanos, porque temen perder la inversión extranjera que tanto creen que necesitan.

Cuando están negociando la entrada a un país, las compañías tienen una ventaja, ya que pueden trasladarse con facilidad, lo que hace que el Estado anfitrión sienta miedo de perder los puestos de trabajo que las compañías generan, tornándolos cada vez más dependientes de estas compañías. (Wells & Elias, 2005) No puede negarse, que las compañías pueden generar beneficios como bienes públicos y aumentar el bienestar general. Sin embargo, los acuerdos de

inversión que suscriben las compañías con los Estados anfitriones, crean una protección fuerte para los inversionistas extranjeros, permitiéndoles que se impongan coactivamente ante la regulación de esos Estados.

Adicionalmente, en virtud de los acuerdos de inversión, los inversionistas tienen el derecho de llevar al Estado anfitrión a arbitrajes vinculantes por violaciones a cláusulas del Tratado. A través del arbitraje o la amenaza del arbitraje, un inversionista puede aislar su negocio de nuevas normas y regulaciones, o buscar una compensación del Gobierno por el costo de cumplir esas nuevas normas. (Simons, 2012, pág. 15)

Por su parte, Claire Cutler citada en (Ruggie J. G., 2004, pág. 503) afirma que en un creciente número de asuntos, las

"compañías están funcionando básicamente como gobiernos, reflejando procesos más profundos de la globalización en la medida en que están produciendo una desvinculación del Derecho del Estado desde el ámbito de la gobernanza global" (Ruggie, 2004, pág. 503)

Para Cutler y sus colaboradores, este desarrollo es parte de una tendencia general hacia la privatización y la promoción de mercados globales y de sistemas de regulación basados en mercados, incluyendo la imposición del Consenso de Washington en los países en vía de desarrollo. Las compañías han creado un nuevo mundo transnacional de flujos de transacciones que no existía anteriormente y han desarrollado e instituido sistemas de administración innovadores para sí mismas por sus relaciones con sus subsidiarias, así como con sus

proveedores y distribuidores, necesarios por sus campos de acción, su ritmo y la complejidad de operar los espacios de transacciones. En otras palabras, las compañías multinacionales han convertido a sus funciones en globales en tiempo real, dejando atrás el mundo de las transacciones económicas tradicionales, en las que existía una independencia entre los proveedores, los distribuidores y los consumidores, que se movía más despacio, era mediado por los Estados y los mecanismos legales tradicionales. (Ruggie, 2004, pág. 503).

2.2.Sociedad civil global

Como consecuencia de los mencionados abusos y el poder creciente de las compañías multinacionales, se visibiliza el carácter adverso de la sociedad civil global. Ésta representa un contrapeso que reta al mundo de los negocios, e influencia a los gobiernos. (Fassin, 2009, pág. 503). Anheier, citado en (Kumar, 2007, pág. 419) define a la sociedad civil como el conjunto de instituciones, organizaciones y comportamientos, que se sitúan entre el Estado, el mundo corporativo y la familia. Específicamente, incluye las organizaciones de voluntariado así como las organizaciones sin ánimo de lucro de diferentes tipos, instituciones filantrópicas, movimientos sociales y políticos, formas de participación y la esfera pública, así como los valores y la cultura que se asocian a la misma.

Por su parte, (Castells, 2008, pág. 78) afirma que el componente esencial de la organización socio política es la esfera pública, porque en este espacio las personas se reúnen como ciudadanos y articulan sus puntos de vista autónomos sobre la influencia de las instituciones políticas de la sociedad, entonces, la sociedad civil es la expresión organizada de estos puntos de vista, y la relación entre los Estados y la sociedad civil es la piedra angular de la

democracia. Sin una sociedad civil efectiva, capaz de estructurar y canalizar los debates de los ciudadanos sobre diversas ideas e intereses contrapuestos, se crea una amplia brecha entre gobierno y gobernados.

Las primeras nociones de sociedad civil datan de la antigüedad, con la definición de Platón como una comunidad política, para describir la multiplicidad de los partícipes no estatales de la política internacional y del proceso de creación de las normas. (Woodward, 2006, pág. 355)

En la modernidad, como lo expone (Kaldor, 2003, págs. 584-585), no existía una distinción entre la sociedad civil y el Estado. La sociedad civil era un tipo de Estado caracterizado por un contrato social, acordado entre los miembros individuales de la sociedad. No fue hasta el siglo XIX que la sociedad civil fue diferenciada del Estado por Hegel que definió la sociedad civil como una esfera intermedia entre la familia y el Estado, en el que el individuo se convierte en una persona pública, y a través de la pertenencia a varias instituciones, es capaz de conciliar lo particular y lo universal. La definición de sociedad civil se delimitó nuevamente en el siglo XX, con la definición de Gramsci, que pensaba que ésta ocupaba el espacio por fuera del mercado, el Estado y la familia, es decir, era para él la esfera de la cultura, la ideología y el debate público.

Sin embargo, referencias específicas al término sociedad civil global han emergido sólo hasta finales del siglo XX. Los científicos sociales adaptaron el término a sociedad civil global para describir a los actores no estatales involucrados en las instituciones y los regímenes regulatorios multilaterales de la gobernanza global.

Diferentes autores acuñaron el término y le dieron una justificación diferente. Para Kant, la libertad obtenida por pertenecer a una sociedad gobernada por el Derecho, sólo puede ser

asegurada por el paso a una más alta, una federación del pueblo. El contrato social original entre los individuos que crearon la sociedad civil debe ser repetido a un nivel mayor, para que los Estados, así como los individuos, sean sacados del estado de naturaleza. (Kumar, 2007, pág. 415)

Por su parte, (Kaldor, 2003, pág. 585) define a la sociedad civil como el proceso a través del cual los individuos negocian, debaten, luchan o están de acuerdo entre ellos, y con los centros de autoridad política y económica. A través de asociaciones voluntarias, movimientos, partidos políticos y sindicatos, el individuo actúa públicamente.

El Derecho Internacional y la regulación de las relaciones internacionales beligerantes, deben ser reemplazadas, de acuerdo con (Kumar, 2007, pág. 415), por un derecho cosmopolita, un orden legal global, supervisado por una esfera pública global que replique los principios establecidos dentro de los Estados, y haga tanto a los individuos como a los Estados, ciudadanos de un Estado universal.

El uso del término sociedad civil global se ha expandido desde la década de 1960 debido a diferentes causas relacionadas con la supra territorialidad, que creó un impulso en una escala considerable por del activismo transfronterizo creciente. Por consiguiente, parece menos probable que la sociedad civil global se encogiera a mediano o corto plazo y es probable que se expanda aún más (Sholte, 2000, pág. 241) Hoy en día, el significado de la sociedad civil global es debatido, la democracia, como originalmente fue concebida, establecía que la creación de normas debía ser un proceso dinámico de deliberación entre ciudadanos como un cuerpo deliberativo político y social, y este es el significado que le dan a la democracia un gran número de actores de la sociedad civil global, particularmente las ONG que se preocupan por maximizar el beneficio público. (Woodward, 2006, pág. 355)

En cuanto al surgimiento de las ONG, se ha asumido que son una invención reciente, que han emergido luego de la Segunda Guerra Mundial. No obstante, la historia de estas organizaciones data de hace más de 200 años, empezando con asociaciones establecidas a finales del siglo XVIII en Estados Unidos, Francia y el Reino Unido para ponerle fin al comercio de esclavos. El rol de las ONG ha florecido en los 90 con el surgimiento de nuevos tópicos que han aparecido en la agenda internacional en la que los gobiernos requieren contribuciones y apoyo de las Organizaciones internacionales. (Kamminga, 2005)

Los académicos hablan indistintamente de ONG internacionales, redes de defensa multinacionales, movimientos de la sociedad global, un nuevo multilateralismo, entre otros términos. Dichas discusiones hacen parte de una preocupación más amplia en cuanto a la globalidad (la condición de ser global) y la globalización (la tendencia de una globalidad creciente) (Sholte, 2000, pág. 237).

El Estado territorial perdió el atributo de la soberanía como se concebía tradicionalmente, y ninguna otra institución o gobierno parece relevarla. Por lo tanto, la expansión de la sociedad civil global (junto con desarrollos paralelos como el crecimiento de las comunicaciones y mercados globales) figura significativamente en el cambio del gobierno soberano a la gobernanza post soberanía. Por supuesto, el fin de la soberanía debe diferenciarse del final del Estado territorial: un mundo sin soberanía no implica un mundo sin Estados, de hecho el Estado post soberano, es tan robusto como su predecesor soberano. Los Estados no pueden ejercer total y única jurisdicción sobre su territorio asignado o población, han perdido algunas capacidades y ganado unas nuevas. Además, dado el significado persistente, los Estados continúan siendo el primer objetivo del activismo cívico, tanto local como global. (Sholte, 2000, pág. 245)

Contrario a lo argumentado por (Sholte, 2000), para (Raustalia, 1997, pág. 719) la emergencia y el fortalecimiento de la sociedad civil global no implica el debilitamiento de la soberanía del Estado, pues la participación activa de la misma, fortalece las habilidades de los Estados de regular globalmente.

Por otro lado, las relaciones globales son confecciones sociales en las que la ubicación, la distancia y las fronteras territoriales no tienen una influencia determinada. En un espacio global, el lugar no está determinado por el territorio, la distancia territorial se cubre efectivamente en tiempo real, y las fronteras territoriales no representan un impedimento particular, así, las relaciones globales tienen lo que podría ser llamado un carácter "transmundial", supra territorial o transfronterizo. Lo anterior no significa que la geografía territorial ha perdido relevancia a finales del siglo XX. Habitamos un mundo en vías de ser globalizado, más que un mundo completamente globalizado. (Sholte, 2000, pág. 238) Sin embargo, no debe exagerarse su impacto, pues la sociedad civil global no ha reemplazado los canales políticos más antiguos, sólo ha abierto dimensiones adicionales (Sholte, 2000, pág. 245).

Así las cosas, la sociedad civil global abarca una actividad cívica que aborda asuntos transmundiales, involucra una comunicación transfronteriza, tiene una organización global y funciona bajo la premisa de solidaridad supra territorial. Con frecuencia, esos cuatro atributos van de la mano, pero las asociaciones cívicas pueden tener un carácter global en uno o alguno de los cuatro aspectos. (Sholte, 2000, pág. 238)

Algunas organizaciones se forman para abogar por una causa particular como los Derechos Humanos, la paz o la protección del medio ambiente. Otras, se establecen para proveer servicios como alivio después de desastres naturales, ayuda humanitaria en sociedades

destrozadas por la guerra, o asistencia para el desarrollo. (Karns & Mingst, 2010, pág. 8) El término sociedad civil es una etiqueta genérica que aglomera diferentes formas de órganos y actuaciones que son con frecuencia dispares, contradictorios y competitivos, por lo tanto, debe diferenciarse las diferentes tipos de organizaciones. (Castells, 2008, pág. 83)

Por esto, (Woodward, 2006, pág. 344) las divide en los siguientes seis subgrupos:

a) Organizaciones masivas: formalmente constituidas, casi siempre se requiere de una membresía para ser parte de ellas y representan intereses de grupos poblacionales específicos como mujeres, niños y jóvenes, campesinos, desempleados, indígenas, ancianos, personas con discapacidades, entre otros.

b) Organizaciones relacionadas con el comercio: representan personas a través de una profesión o un trabajo específico que persiguen. Las más importantes son los sindicatos, asociaciones profesionales que representan empleados en el área de la salud, la educación, el derecho y otros campos profesionales, la comunidad científica y tecnológica, asociaciones de campesinos, cooperativas de trabajo asociado, etc.

c) Organizaciones basadas en la fe: organizaciones religiosas dedicadas a un culto o a avanzar un credo subsidiario a esa causa. Las más importantes dentro del sistema de la ONU son las organizaciones multitudinarias religiosas, inter religiosas, y las organizaciones de desarrollo ligadas a un credo particular.

d) Academia: comunidades de eruditos, investigadores, intelectuales y otros académicos, incluyendo centros de estudios especializados, que se centran dentro de las universidades interesados en actividades particulares de la ONU, o

que buscan influenciarlas. Es común que reciban financiamiento de terceros interesados.

e) ONG de beneficio público: organizaciones establecidas para generar un beneficio al público general a través de la provisión de servicios específicos o a través de campañas de defensa (*advocacy*). La mayoría reclutan personas que comparten un interés común y son consideradas organizaciones filantrópicas o de servicio público porque sus programas tienen un alcance mayor al de sus miembros. Ejemplos de estas organizaciones incluyen las que se dedican a la protección del medio ambiente, la promoción del desarrollo, ONG de voluntariado, de Derechos Humanos, derechos reproductivos, grupos de consumidores y cooperativas, organizaciones de desarme, anti corrupción, entre otras.

f) Movimientos sociales y redes de campañas: asociaciones masivas y dispersas de personas que comparten experiencias comunes o estrategias, y que eligen trabajar juntas para rectificar injusticias identificadas. Estas organizaciones incluyen los movimientos de los desplazados, el movimiento anti globalización, el movimiento feminista, entre otros. Esta categoría se sobrepone a la de las organizaciones masivas y ONG.

El mismo autor, afirma que las ONG son la manifestación más clara de lo que se refiere a la sociedad civil, esto es, la esfera en la que los movimientos sociales se organizan alrededor de objetivos, ciudadanos e intereses temáticos. (Woodward, 2006, pág. 297)

No obstante, no todas las organizaciones de la sociedad civil, son siempre lo que parecen. No necesariamente expresan las discusiones públicas beneficiosas de una ciudadanía

desinteresada y activa. Como fue demostrado por los Estados capitalistas y comunistas, sin mencionar a los fascistas, hay muchas maneras de promover ideologías específicas e intereses, sin necesidad de etiquetarlas expresamente. Aunque hay grupos y asociaciones que persiguen objetivos de civilidad, democracia, equidad y justicia; hay grupos y asociaciones que promueven casi lo contrario, odio, intolerancia e ignorancia. (Kumar, 2007, pág. 425).

Debido a la diversidad de actores que integran y los numerosos objetivos que persiguen, pareciera que definir a las ONG es más fácil, cuando se define lo que no son. No son establecidas o controladas por los Estados, sino más bien estructuras privadas, esto las diferencia de las organizaciones intergubernamentales. No pretenden reemplazar por la fuerza a los gobiernos, y aunque en ocasiones pretenden cambiar políticas gubernamentales, no aspiran a adquirir los mismos poderes que tienen los Estados. No tienen ánimo de lucro y generalmente actúan dentro de los parámetros de la legalidad. (Kamminga, 2005). Entonces, no se trata para ellos de minimizar o reemplazar al Estado, sino de incrementar la responsabilidad y receptividad de las instituciones políticas, de radicalizar la democracia y redistribuir el poder político. (Anheier, Glasius, & Kaldor, *Introducing Global Civil Society*, 2001, pág. 11)

Por consiguiente, no son parte del gobierno ni pretenden hacer negocios, pero están involucradas en la promoción de ciertos intereses, causas y objetivos como afirman Crane and Matten citados en (Fassin, 2009, pág. 504). Usualmente, se piensa que tienen un carácter internacional, con miembros y ramas en más de un país y con objetivos que no necesariamente están ligados a los de uno solo (Kamminga, 2005).

De acuerdo con lo expuesto, podría decirse que las características que agrupan a las ONG (de beneficio público) es el carácter sin ánimo de lucro, el hecho de no ser gubernamentales, de

ser grupos voluntarios, organizadas a nivel local, nacional o internacional; para abordar asuntos que buscan el beneficio general del público o el mundo en su extensión, a través de la provisión de servicios específicos o las campañas de defensa (*advocacy*). (Woodward, 2006, pág. 345) Estas organizaciones han incrementado su actividad hoy en día, en todos los niveles de la sociedad y la gobernanza, desde lo local, a la política nacional e internacional.

El término se ha expandido en respuesta a la realidad de la existencia de diversos y numerosos actores que interactúan en varios órganos de la ONU, tanto en el marco legal, cuando son dotados de status consultivo, como de manera informal, pero el cambio formal de la terminología ha quedado rezagado. Los términos sociedad civil global, sociedad civil y organización de la sociedad civil se usan indistintamente para abarcar un rango más amplio de entidades que pueden tener ánimo de lucro, pueden tener apoyo gubernamental, pueden ser locales o incluso sin carácter jurídico formal. Sin embargo, están involucradas en el escenario legal internacional (Woodward, 2006, pág. 71) defendiendo unos intereses específicos.

En general, las organizaciones de la sociedad civil varían en estructura, gobernanza, formalidad, escala y alcance de sus operaciones e ingresos. Estas organizaciones incluyen muchas formas más de lo que sugiere el término ONG, el repertorio organizacional de la sociedad civil global va más allá de lo que sugieren las interpretaciones reduccionistas (Anheier & Themuda, *Organizational Forms of Global Civil Society: Implications of Going Global*, 2001, pág. 191).

Todas las organizaciones de la sociedad civil son políticas puesto que representan valores universales y de la humanidad en general, así como a simpatizantes que les proveen su financiamiento. Lo anterior quiere decir que estas organizaciones trabajan para avanzar en las

preferencias de sus seguidores, en este sentido, todas estas organizaciones son grupos de interés. Wapner citado en (Spiro P. J., 2013, pág. 224) afirma que *“así como otros actores políticos, son interesadas en sí mismas, involucradas en avanzar sus propias agendas”*.

No obstante, las organizaciones de la sociedad civil tienden a atraer un tratamiento favorable en la literatura sobre las ciencias sociales, pues han sido correlacionadas fuertemente con causas progresistas, al menos en la mentalidad pública (Spiro P. , 2013, pág. 1102) son populares y se encuentran legitimadas, lo que se traduce en recursos vía donaciones y voluntariado, su actividad se concentra en materias prácticas, casos específicos, y expresiones concretas de la solidaridad humana, con el propósito de deshacer el mal o hacer el bien en una instancia específica. (Castells, 2008, pág. 85)

Las tácticas claves de las ONG para conseguir resultados y conseguir apoyo para sus causas, es la política a través de los medios, llegando al público y movilizándolo para que las apoye. Al hacerlo, presionan a los gobiernos, que son amenazados por los votantes o a las corporaciones que temen a las reacciones de sus consumidores. (Castells, 2008, pág. 86)

Entonces, de acuerdo con (Beck, 2004, pág. 31),

“el contrapoder de la sociedad civil global, adopta la figura del consumidor político. Este contrapoder emana de que puede rehusar la compra siempre y en cualquier lugar. Para que exista, debe haber un mercado amplio en oferta y demanda”,

Para que el consumidor pueda elegir no comprar este producto sino aquel, supone además que el consumidor tiene capacidad adquisitiva para comprar uno u otro producto.

Por esto, los medios se convierten en un campo de batalla para las campañas de de defensa. Como son campañas globales, los medios de comunicación globales son el objetivo clave. La globalización de la comunicación, lleva a la globalización de los medios políticos como lo argumenta Costanza-Chock citado en (Castells, 2008, pág. 85)

A pesar de la extrema diversidad interna, hay de hecho una crítica compartida sobre la administración del mundo por sus instituciones internacionales hechas exclusivamente por los gobiernos nacionales. Es una expresión de la crisis de legitimidad, que se transforma en la acción política de oposición (Castells, 2008, pág. 86). La acción política de estas organizaciones está en expansión.

Lo anterior es posible, gracias a los canales de comunicación que tienen disponibles, especialmente Internet. Esta plataforma les permite alcanzar notoriedad, puesto que no es una persona aislada quien está comentando un tema, sino que muchas veces, se forma todo un movimiento alrededor de un tema específico. Esto genera presión social, que se podría transformar en presión de los clientes potenciales o actuales de las compañías multinacionales. (Marshall, Telofski, Ojiako, & Chipulu, 2012, pág. 376) En suma, la sociedad civil global ahora tiene los medios tecnológicos para existir de manera independiente de las instituciones políticas y de los medios de comunicación masiva. Sin embargo, la capacidad de los movimientos sociales para cambiar la mentalidad pública, todavía depende, en gran medida, de la habilidad de forjar el debate en la esfera pública. (Castells, 2008, págs. 86-87)

Por esto, Internet y la comunicación inalámbrica, al promulgar una red global y horizontal de comunicación, se convierte tanto en una herramienta organizadora como un medio para el debate, el diálogo, y la toma de decisiones colectivas. (Castells, 2008, pág. 86)

Las del nivel nacional, así como las organizaciones internacionales, tienen miembros en varios países y pueden tener funciones específicas o ser multifuncionales (Karns & Mingst, 2010, pág. 8) y en ocasiones, trabajan de una manera similar a las filiales y subsidiarias del mundo corporativo. Las organizaciones de la sociedad civil han establecido también relaciones complejas entre sí, con gobiernos nacionales, con otros grupos sociales, religiosos y organizaciones internacionales como las Naciones Unidas. (Marshall, Telofski, Ojiako, & Chipulu, 2012, pág. 375)

Muchas organizaciones a nivel nacional, han sido llamadas grupos de interés o de presión y se han aliado con sus contrapartes en otros países a través de redes o federaciones, explotando al máximo el trabajo de esta manera a partir de las facilidades que brinda la era de la información y la globalización. Las redes son formas de organización que se caracterizan por ser voluntarias, recíprocas y tienen patrones de comunicación e intercambio horizontales. No tienen estructuras jerárquicas como las firmas, y defienden una causa o una proposición, representan personas o ideas. La principal característica de estas redes multinacionales, es que están organizadas para promover causas, ideas sobre principios y normas, y frecuentemente involucran individuos que son emprendedores políticos, movilizan recursos como la información y la membrecía, y muestran una consciencia sofisticada sobre la oportunidad política en la que operan. (Keck & Sikkink, 1999, pág. 91) No obstante, como lo afirma (Slaughter, *The Global Governance Crisis*, 2004, pág. 32), algunas redes son más efectivas que las instituciones internacionales tradicionales; todas tienen la ventaja de tener funcionarios conectados en la primera línea de los problemas globales, pero no pueden construir un sistema legítimo y efectivo por sí mismos.

Por otra parte, el movimiento universal hacia una mayor acción por parte de la ciudadanía, a veces descrita como la asociación revolucionaria global, es una nueva participación

en un sistema internacional que responde a las fuerzas de la globalización que están barriendo nuestro mundo. La influencia creciente que han tenido los actores no estatales y el rol que han jugado, han sido un distintivo y una causa de nuestro ambiente internacional cambiante. (Woodward, 2006, pág. 297) Podrían, en este sentido, ser contribuyentes clave de las normas sociales y culturales que podrían apoyar procesos de integración de carácter regional e internacional. (Keck & Sikkink, 1999, pág. 89)

La sociedad civil global, ha transformado completamente la idea de democracia. Anteriormente, el gobierno por la gente y para la gente significaba un gobierno del Estado para la nación. Sin embargo, hoy la gobernanza conlleva más que el Estado, la comunidad conlleva más que la nación, y la ciudadanía conlleva más que los derechos y obligaciones nacionales, así, los asuntos de la democracia entendida como participación, consulta, debate abierto, representatividad, transparencia y rendición de cuentas, no son abordados adecuadamente en términos de instituciones territoriales y comunidades por sí solas. La sociedad civil global ha ampliado el alcance de la práctica democrática. (Sholte, 2000, pág. 244)

La importancia de las organizaciones de la sociedad civil a nivel internacional es otorgada incluso por las organizaciones internacionales, pues les reconocen derechos democráticos en la Organización Internacional del Trabajo (ILO por sus siglas en inglés) y la Organización Internacional para la Estandarización (ISO por sus siglas en inglés), les reconocen algún tipo de derechos consultivos en todos los foros del medio ambiente de gobernanza internacional (formalmente en las Organizaciones internacionales que se establecieron después de los acuerdos multilaterales del medio ambiente en 1992) y responden a la tendencia general hacia la creciente participación de las ONG en organizaciones internacionales económicas, financieras, entre otras. (Woodward, 2006, pág. 297). Asimismo, el artículo 71 de la Carta de las

Naciones Unidas de 1945, que reconoce formalmente el rol consultivo de las ONG para guiar el trabajo del Consejo Económico y Social (ECOSOC).

Por otro lado, las funciones que realizan pueden ser paralelas a las realizadas por las Organizaciones internacionales. Como piezas de la gobernanza global, facilitan procesos en muchos niveles para presionar o persuadir individuos, gobiernos, organizaciones internacionales, compañías y otros actores (Karns & Mingst, 2010, pág. 9)

Actualmente, las ONG son vistas como *stakeholders*, que defienden intereses de la sociedad civil y de comunidades locales a través de numerosas acciones que se apoyan en los medios de comunicación, e introducen ciertos temas dentro de la agenda política. A medida en que han ido creciendo, han fortalecido gradualmente su influencia, cambiando el ambiente internacional.

De la misma manera, la sociedad civil se ha vuelto más exigente, puesto que ahora espera que las corporaciones tomen seriamente su responsabilidad en un creciente número de asuntos. Lo anterior ha originado la necesidad de una aproximación ética, respetando y tomando en consideración a los ciudadanos, rindiéndoles cuentas por medio de la transparencia y el diálogo. (Fassin, 2009, pág. 504) Dado que los estándares son cada vez más rigurosos, los gobiernos y actores de la sociedad civil, son reacios a perdonar cuando los errores cometidos por instancias de las compañías, son puestos en el centro de atención.

Las corporaciones multinacionales y lo que ahora son llamadas organizaciones de la sociedad civil, han expandido su campo de acción y las modalidades de operaciones, afectando las vidas diarias y la fortuna de las personas, y en algunos casos, de países enteros alrededor del mundo. (Ruggie, 2004, pág. 499)

En este sentido, la sociedad civil juega un importante rol en el control de las compañías multinacionales, al tomarlas como blancos en lo que respecta a derechos laborales y la protección del medio ambiente. Cuando una compañía opera en un Estado involucrado en violaciones serias a los Derechos Humanos, las ONG tratan de constreñir la conducta tanto de los Estados como de la firma, usándola como un canal para alcanzar ambos objetivos. (Spiro, 2013, pág. 236) Las organizaciones de la sociedad civil tienen una gran influencia en los consumidores. En contextos de negocios en los que existe una sensibilidad por las marcas y hay una alta competitividad, la actividad de estas organizaciones puede tener un impacto profundo. Las compañías entienden el potencial de las campañas que buscan avergonzarlas, lo que les da una ventaja a las ONG sobre el comportamiento de éstas, llamando la atención sobre los asuntos en que son aprovechadas las fronteras o vacíos normativos.

Asimismo, las ONG influyen en gran medida a las compañías para que agreguen a sus normas de funcionamiento el respeto por los Derechos Humanos y otros valores sociales. Esto se ha dado a tal punto, que las compañías han creado políticas internas de responsabilidad social corporativa, que ya no son opcionales para las multinacionales.

En este sentido, (Kinley, 2007, pág. 179) describe la responsabilidad social empresarial como una noción amorfa pero significativa. Amorfa porque desde la década de los 90 sus límites han sido estrechados continuamente, sus contenidos definidos y redefinidos y sus manifestaciones en la práctica multiplicadas sin cesar. Sin embargo, a pesar de esto (o puede que precisamente por esto), la responsabilidad social corporativa ha ganado seguidores, comentarios positivos y apoyo de los líderes corporativos.

Lo anterior se debe a que las consecuencias de no tomar decisiones de negocios de una manera socialmente sensible, puede ser muy costoso en el ambiente cambiante de la actividad empresarial global, como se ha fijado en el nuevo orden de las expectativas sociales y políticas de los negocios. La responsabilidad social internacional corporativa podría contrarrestar las obligaciones que las corporaciones le deben a las sociedades en las que operan. Filosóficamente, apela al contrato social, y a la necesidad de los actores no estatales, de observar la preservación de la dignidad humana a través de la adherencia a los Derechos Humanos. (Muchlinski, 2011, pág. 41)

Por otro lado, algunas ONG, deciden involucrar a las corporaciones en sus campañas, buscando así influenciarlas directamente a través del diálogo o incluso a través de colaboraciones para la capacitación del personal de la corporación por parte de las ONG, como el etiquetamiento ecológico y otras formas de certificación diseñadas para impresionar a consumidores con las marcas que participan en la responsabilidad social (Ruggie, 2004, pág. 503)

Un ejemplo de este tipo de relaciones, se presentó en 2005 entre Wal-Mart y el Fondo de Defensa Ambiental (EDF por sus siglas en inglés), cuando éste le prestó consultorías para la creación de su programa de responsabilidad social empresarial. Ambos se beneficiaron debido a que el programa contribuyó a que se suavizara la imagen de Wal-Mart en temas que habían sido objeto de crítica por parte de numerosos activistas y puso a la compañía dentro de la agenda de la sostenibilidad, capturando la atención de los clientes con preferencias por productos “verdes”.

Por su parte, algunas organizaciones de este tipo, buscan fomentar en las compañías nuevas prácticas o incluso juegan un rol de escrutinio público. Otros papeles importantes que desempeñan las organizaciones de la sociedad civil en cuanto a las actuaciones de las

corporaciones, incluyen realizar investigaciones que son posteriormente publicadas con un alto despliegue publicitario y organizar conferencias, buscando ser el foco directo de atención. Un ejemplo de lo anterior son los Premios “*Public Eye*”, que se llevan a cabo en Suiza en el momento y lugar de celebración del Foro Económico Mundial. De acuerdo con su página oficial, arrojan una

“crítica sobre las prácticas empresariales irresponsables y proporciona una plataforma para denunciar públicamente casos de violaciones de los Derechos Humanos y laborales, la destrucción del medio ambiente o la corrupción”. (The Public Eye Awards, 2014).

Además, hay organizaciones de este tipo dedicadas específicamente a criticar las compañías en el rol que juegan en los abusos a los Derechos Humanos, y por lo tanto, han desarrollado guías de reporte estándar para reportar el desempeño social de las compañías, con el fin de asegurarse que los Derechos Humanos sean respetados en el ámbito empresarial. (Steinhardt, 2005, pág. 185)

Por otro lado, estas organizaciones se encuentran menos interesadas en hacer campañas de defensa³, y cada vez más interesadas en realizar lobby. Lo anterior, debido a que estos actores desean escalar su impacto, influenciando a los legisladores o creadores de normas en general, interfiriendo con los intereses de las compañías multinacionales de manera directa.

Las organizaciones de la sociedad civil son los principales activistas de la reforma a nivel internacional, y realizan campañas para que se incremente la regulación de las inversiones

³ Traducido del inglés *advocacy*.

extranjeras, principalmente desde una perspectiva ambiental y de desarrollo, con la observancia de los Derechos Humanos, como un tema que incrementa en importancia. (Muchlinski, 2011, pág. 42)

Apoyadas por Internet, las organizaciones de la sociedad civil están llenando un vacío en el orden regulatorio, al poner en la agenda política, ciertas ideas y problemas y al mismo tiempo, luchando por el futuro del orden regulatorio mediante sus acciones. (Muchlinski, 2011, pág. 34)

Por último, la sociedad civil global puede ser una vía viable para domesticar, humanizar, pedir rendición de cuentas, y civilizar la globalización (Anheier, Glasius, & Kaldor, *Introducing Global Civil Society*, 2001, pág. 17), puesto que podría ser un medio para contrarrestar, regular o re direccionar los efectos destructivos y divisorios del capitalismo global. (Kumar, 2007, pág. 420)

3. MARCO JURÍDICO DE LA GOBERNANZA GLOBAL FRENTE A LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. Marco jurídico de las compañías multinacionales con respecto a los Derechos Humanos

Cuando las regulaciones sobre las inversiones extranjeras empezaron a aparecer, existía una preocupación por proteger al inversionista de las expropiaciones arbitrarias propias de los Estados en vía de desarrollo, que intentaban poner en funcionamiento, un nuevo orden económico internacional. Los Estados empezaron a competir por inversiones, celebrando tratados bilaterales para la promoción y protección de las mismas, que se centraban principalmente en la protección al inversionista de la interferencia estatal en cuanto a la propiedad privada. (Muchlinski P. T., Corporate Social Responsibility, 2008, pág. 639)

Sin embargo, a medida en que la expropiación dejó de ser un riesgo en muchos países, las ventajas generadas por la protección a la propiedad privada no cambiaron sustancialmente para las compañías, pero éstas empezaron a aprovecharse de las ventajas y a abusar, especialmente de los Derechos Humanos.

Así las cosas, aparece de manera frecuente en los estudios sobre el tema, que las compañías dejan de rendir cuentas a medida en que se han descentralizado, como efecto de la globalización económica. (Muchlinski P. T., Corporate Social Responsibility, 2008, pág. 641) Por tanto, puesto que las compañías multinacionales son entidades legalmente establecidas, y consideradas personas jurídicas del derecho privado, tienen derechos y obligaciones, y por esto,

pueden declararse jurídicamente responsables, como lo afirma Ratner citado en (Marshall, Telofski, Ojiako, & Chipulu, 2012, pág. 380)

Como se mencionaba en el acápite sobre las compañías multinacionales, éstas no gozan de personalidad jurídica en el Derecho Internacional como los Estados. Sin embargo, los Estados anfitriones, con frecuencia les otorgan unas ventajas en cuanto a la regulación, e incluso a veces, éstos no tienen la voluntad de implementar las regulaciones existentes, por miedo a perder las inversiones que tanto creen necesitar. Es decir, los Estados carecen de capacidad o voluntad regulatoria.

En este sentido, los Estados se encuentran entre el riesgo del movimiento del capital y el deseo de mayores estándares de regulación, pues estos han suscrito instrumentos que los hacen directamente responsables de violaciones a los Derechos Humanos dentro de sus territorios, pero no quisieran perder los beneficios que traen las multinacionales con sus inversiones. (Spiro P. , 2013, pág. 1106) Sin embargo, se puede afirmar que incluso cuando las compañías no incumplan normas locales, podrían estar violando las normas de sus estándares auto proclamados o pueden ser acusadas de romper normas de la comunidad internacional.

De manera frecuente se afirma que las compañías multinacionales deben observar los estándares de los derechos fundamentales, haciéndose responsables de las violaciones cometidas a los mismos a nivel global. Lo anterior es una preocupación creciente que se explica por un gran número de factores, que incluyen un malestar por las pocas obligaciones que tienen las compañías de rendir cuentas y ser transparentes.

Algunos de estos factores están relacionados con la emergencia de una economía globalizada, que ha debilitado el concepto tradicional de Nación-Estado. Esto se suma al rol que

juegan los medios de comunicación al visibilizar la mala conducta de las compañías. (Muchlinski P. T., Corporate Social Responsibility, 2008, pág. 654)

Aunque se mantiene en discusión, las firmas multinacionales, han creado un espacio económico global nuevo que está transformando la manera en que las personas viven y trabajan en el mundo, deben rendir cuentas no sólo a sus accionistas, sino además a una comunidad más amplia de *stakeholders* que son afectados por sus decisiones y su comportamiento. (Ruggie J. G., 2004, pág. 512) La creciente vigilancia de sociedad civil global, y especialmente de las ONG, ha llevado a más consciencia sobre el tema.

Internacionalmente, los Estados han abordado las responsabilidades de las compañías en instrumentos de *soft-law*. Lo anterior, implica que no son jurídicamente vinculantes, no crean obligaciones directas, sino que se derivan de una fuerza normativa a través del reconocimiento de las expectativas sociales de los Estados y otros actores clave. (Ruggie J. G., 2013, pág. 45) No obstante, esto no quiere decir que el Derecho Internacional ignore que las compañías multinacionales puedan participar directamente en violaciones a Derechos Humanos, sin embargo, no hay una norma que directamente las haga responsables, o les prohíba violar los precitados derechos. El Derecho Internacional procura obligar a los Estados, a regular internamente el tema, para que los actores no estatales que se encuentran actuando en sus territorios, respeten los Derechos Humanos y sean declarados responsables en caso de violarlos. (Ruggie J. G., 2013, pág. 39) En términos jurídicos, existe una laguna normativa en el tema. (Ruggie J. G., 2013, pág. 47)

Debe aclararse, que cuando existen conductas que se considera que tienen las peores consecuencias para las personas, como el involucramiento en genocidios, crímenes de guerra y

algunos crímenes de lesa humanidad, la Costumbre Internacional aplica directamente a las corporaciones bajo ciertas circunstancias, aunque se aplique a través de las cortes locales. (Ruggie J. G., 2013, págs. 39-41)

En virtud de lo anterior, y de las diferentes formas de regulación internacional sobre el tema, se abordarán las normas públicas de regulación, en segundo lugar se discutirán los sistemas privados, luego las regulaciones mixtas, para finalizar con la normatividad local.

A) Normatividad Pública

La normatividad pública internacional, se entenderá (para efectos del presente texto) como las normas dentro del sistema de las Naciones Unidas, debido a que en términos institucionales, es el foro más amplio y plural del orden internacional contemporáneo. La ONU reconoce la presencia de actores no estatales, abarca un gran número de temas, y además coordina su actuar con el de otras organizaciones, dotando así su normatividad de legitimidad democrática.

Siguiendo a (von Bogdandy, 2008, pág. 1914), una aproximación a partir del Derecho Público a las instituciones internacionales, es una manera de ampliar el la comprensión jurídica del fenómeno de la gobernanza global. El desarrollo de principios generales de autoridad internacional pública, como el principio de protección de los Derechos Humanos, busca el fortalecimiento de lo público en el Derecho Internacional.

Así las cosas, la creación de normas vinculantes con respecto a los abusos a los Derechos Humanos en el nivel internacional, podría tomar la forma de un tratado vinculante, que hiciera explícitos los deberes corporativos directos, no obstante, hasta ahora, únicamente se han realizado normas de *soft law*, no vinculantes y que no responsabilizan de manera directa a las corporaciones. (Spiro P. , 2013, pág. 1114)

En este sentido, a finales de la década de 1990 la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, persiguió esta estrategia con la redacción del proyecto de Normas sobre las Responsabilidades de las Corporaciones Multinacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos (Las Normas). Éste estaba redactado en términos obligatorios, estableciendo obligaciones corporativas con respecto a los Derechos Humanos, que incluían el derecho a no ser discriminado y a la igualdad de oportunidades, a la seguridad de las personas y de los trabajadores, y la protección al consumidor y al medio ambiente. Los deberes aplicaban a las corporaciones dentro de sus esferas de influencia y actividad, monitoreando la conducta corporativa. Eran verificadas por la ONU, es decir, Las Normas en sí mismas no tendrían la fuerza normativa, sino que suponían la existencia de normas existentes, y hubieran tenido el estatus de *soft law*, al menos en cuanto a las obligaciones directas en cabeza de las corporaciones. (Spiro P. , 2013, pág. 1114)

En el 2003, se presentó el texto para ser aprobado en la Comisión Para los Derechos Humanos (la Comisión de la que se desprendía la precitada Subcomisión) las normas contenían los mismos deberes que tienen los Estados en cuanto a Derechos Humanos. Así, las corporaciones podrían ser llevadas

directamente ante los organismos internacionales, con el fin de asegurar su cumplimiento. Las Normas hubieran establecido reparaciones que podrían ser aplicadas por cortes nacionales o tribunales internacionales. Como el Derecho Público es obligatorio, y como es directamente aplicable, cristalizaría la aplicación de los Derechos Humanos, o al menos los avanzaría en cuanto a los mecanismos de aplicación privados e indirectos. (Spiro P. , 2013, págs. 1114-1115)

Lo anterior, detonó un debate que se polarizó entre las ONG protectoras de los Derechos Humanos y la comunidad empresarial. Los primeros, estaban a favor, porque las normas proponían que se hicieran vinculantes para las empresas, se harían responsables directamente ante el Derecho Internacional, en caso de violar los Derechos Humanos. Las segundas por su parte, se oponían, puesto que éstas transferían a las compañías, las obligaciones de los Estados. La propuesta no prosperó en la Comisión. (Ruggie J. G., 2013)

Las Normas fueron esbozadas en un lenguaje de mandato, diseñadas como una base del cual podría ser negociado un tratado, y si eran adoptadas, tendrían obligaciones vinculantes directas para los actores corporativos. Éstas fueron criticadas por su aproximación vinculante y legalista, y se argumentaba que cualquier cambio hacia el cumplimiento obligatorio, violaría las prácticas aceptadas a nivel internacional. (Simons, 2012, págs. 7-8)

Más adelante, en el 2008, el Subcomisionado para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, John Gerard Ruggie aseguró en su Reporte al Consejo de Derechos Humanos de la ONU que el Derecho

Internacional prevé que el deber de proteger de los Estados de las violaciones a los Derechos Humanos por parte de actores no estatales, incluye a las compañías, y afecta a las personas en su territorio o jurisdicción. (Muchlinski P. , 2012, pág. 147)

El Consejo de los Derechos Humanos de la ONU (antes la Comisión), de manera unánime aprobó los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos su resolución 17/4 (Consejo de Derechos Humanos ONU, 2014, pág. 2)

“En su resolución 17/4, el Consejo de Derechos Humanos pidió al Secretario General que preparase un informe sobre el modo en que el sistema de las Naciones Unidas en conjunto, incluidos los programas y fondos y los organismos especializados, podía contribuir a la promoción del programa relativo a las empresas y los Derechos Humanos y a la divulgación y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos, considerando en particular la mejor manera de abordar el fomento de la capacidad de todas las instancias pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, y lo presentase al Consejo en su 21º período de sesiones”. (Asamblea General Naciones Unidas, 2012, pág. 1)

Ésta marcó la primera vez que el Consejo o su predecesor, la Comisión, aprobaron cualquier texto normativo que no había sido negociado entre los gobiernos. Los Principios Rectores proponían unos pasos en detalle, requeridos para la implementación de “Proteger, respetar y remediar: un marco para las

actividades empresariales y los Derechos Humanos”⁴ propuestos por Ruggie al Consejo en el 2008. Se basaba en tres pilares:

1. El deber de los Estados de proteger en cuanto a los abusos de terceros, incluidas las empresas, a través de políticas, regulaciones y adjudicaciones apropiadas.

2. Una responsabilidad corporativa independiente, de respetar los Derechos Humanos, que significa que las corporaciones deben actuar con una diligencia debida para evitar infringir los derechos de otros y abordar los impactos adversos en los que se involucran.

3. La necesidad de asegurar un acceso amplio de las víctimas, a un remedio efectivo, tanto judicial como no judicial.

Puesto de una manera simple: los Estados deben proteger, las compañías deben respetar, y los que son vulnerados deben ser reparados.

Lo anterior, hace directamente responsables a los Estados, de vigilar a las multinacionales para que no incurran en violaciones a los Derechos Humanos, incrementando los estándares exigidos a las mismas, pues en caso de que éstas incumplan, serán aquellos quienes respondan ante las autoridades internacionales.

Como lo explica (Simons, 2012, pág. 17), Ruggie desarrolló cinco áreas de políticas a través de las cuales los Estados deberían luchar por alcanzar una mayor

⁴ Al respecto: Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos en su octavo período de sesiones A/HCR/8/5 del 7 de abril de 2008.

coherencia y efectividad como parte de su deber de protección de los Derechos Humanos. Éstas son:

- a) La salvaguardia de la capacidad del Estado de proteger los Derechos Humanos
- b) Consideraciones para los Estados involucrados en negocios con actores corporativos sobre Derechos Humanos.
- c) Políticas para asegurar una cultura corporativa sensible a los Derechos Humanos.
- d) Dirección de las actividades corporativas en zonas de conflicto.
- e) El problema de la jurisdicción extraterritorial.

Ruggie propuso que el la Comisión estableciera un proceso para aclarar la aplicación para las empresas de los estándares internacionales que prohíben las violaciones a los Derechos Humanos, potencialmente igualándose al nivel de los crímenes internacionales. (Simons, 2012, pág. 13)

El marco normativo de los Principios Rectores, vislumbra que la responsabilidad de respetar de las empresas, será llevada a cabo a través del mecanismo de la diligencia debida, usada para afrontar los riesgos humanos que se involucran en un proyecto de inversión y para desarrollar estrategias de respuesta del control frente a ese riesgo. (Muchlinski P. , 2012, pág. 146)

Aunque la responsabilidad corporativa de respetar no está formulada como un deber jurídico vinculante, debido a la falta de personalidad jurídica de las corporaciones en el Derecho Internacional, puede ser vista como una oportunidad de replantear la forma legal de la corporación, dada la necesidad de definir sus límites funcionales legítimos. (Muchlinski P. , 2012, pág. 146)

El deber corporativo de respetar, es un estándar independiente del que tiene el Estado de proteger, aunque un actor corporativo podría infringir cualquier derecho contenido en los principales instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, así estén dirigidos a los Estados. (Muchlinski P. , 2012, pág. 148)

De esta manera, las compañías deben mirar más allá de la protección de sus propios intereses, y centrarse en los intereses de aquellos que son afectados por sus acciones. Bajo los Principios Rectores, el concepto de diligencia debida es más elaborado, en particular, el principio 17 sobre la diligencia debida de los Estados, establece que debe cubrir los impactos adversos a los Derechos Humanos que las compañías causen o contribuyan a causar a través de sus propias actividades, de las que pueden ligarse directamente a sus operaciones, productos, servicios o sus relaciones comerciales.

Asimismo, la diligencia debida varía en su complejidad de acuerdo al tamaño de la empresa, el riesgo de impactos severos a los Derechos Humanos, y la naturaleza y el contexto de sus operaciones. Además, la diligencia debe ser continua, reconociendo que el riesgo de violaciones a los Derechos Humanos puede cambiar en el tiempo, así como

pueden evolucionar las operaciones de la compañía y su contexto. (Muchlinski P. , 2012, pág. 150)

Entre las últimas actuaciones en el orden regulatorio de las Naciones Unidas, se encuentra la Resolución del 26 de junio de 2014, mediante el cual el Consejo de Derechos Humanos en su 26º período de sesiones,

“Decide establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas multinacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas multinacionales y otras empresas en el derecho internacional de los Derechos Humanos” (Consejo de Derechos Humanos ONU, 2014, pág. 2)

Además, decide que el precitado grupo, celebre su primer período de sesiones durante los primeros cinco días laborales del 2015 y que presente un informe al Consejo de Derechos Humanos en su 31º período de sesiones.

Algunos autores como (Spiro P. , 2013, pág. 1115), sostienen que hacer responsables a las compañías directamente, les quita presión a los gobiernos nacionales para capacitarse e implementar normas de protección de derechos locales e internacionales, y que sería más realista volverse hacia la autoridad a nivel nacional, y exigirle a ésta una protección efectiva y en todos los ámbitos, no únicamente en el corporativo. Sin embargo, deberá esperarse al menos hasta el primer informe de dicho grupo, con el fin de determinar qué tipo de deberes creará para las corporaciones.

Además de las precitadas normas, se ha discutido sobre la obligatoriedad que tienen otros instrumentos internacionales para las corporaciones multinacionales. En primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su preámbulo se dirige a cada órgano de la sociedad, lo que significa que las personas jurídicas están en principio incluidas. Sin embargo, esto no equivale a que las normas allí contenidas sean vinculantes para ellos. Como es una Declaración, su pretensión no fue la de ser vinculante jurídicamente, sino que fuera desarrollada en tratados, especialmente porque es una provisión contenida en el preámbulo. (Ruggie J. G., 2013, pág. XXIX)

Pero los activistas han urgido a las compañías a adherirse a los estándares internacionales que son más protectores de los Derechos Humanos que los sistemas jurídicos nacionales, que en ocasiones se contradicen. No obstante, no hay medios autoritarios internacionales que resuelvan dichos conflictos de estándares, y esto llevaría a que ni las multinacionales ni algunos Estados (cuyos estándares nacionales están en conflicto con los estándares internacionales), acepten dicha adhesión.

De manera excepcional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha involucrado de manera directa a las compañías, por ejemplo cuando cometen o son cómplices en la comisión de violaciones atroces, como el genocidio, los crímenes de guerra, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzosas, y prácticas de esclavitud. Pero incluso en estas circunstancias, el Derecho puede ser implementado únicamente en jurisdicciones en las que dichos delitos pueden ser

imputados a las compañías. El lugar más prominente ha sido Estados Unidos bajo el “*Alien Tort Statute*”⁵ que será explicado más adelante.

B) Regulación Privada

Con el advenimiento de la globalización, la sociedad civil global ha buscado direccionar el poder del consumidor para disciplinar el comportamiento de las corporaciones. Estas iniciativas han tomado la forma de códigos de conducta y esquemas de certificación. Asimismo, las compañías se han auto regulado a través de regímenes de fijación de estándares. Estas aproximaciones son privadas en el sentido en que no están sujetas a la supervisión de gobiernos (Spiro P. , 2013, pág. 1104), o avaladas por organizaciones internacionales.

En este sentido, las compañías han recurrido a regularse entre ellas, mediante la creación de códigos de conducta. Se trata de una modalidad de regulación privada de estándares de calidad en cuanto a los Derechos Humanos. Las avalan ONG y algunas han producido sus propios códigos, que acogen de manera voluntaria las empresas en su regulación interna pues les trae beneficios frente al consumidor, que está dispuesto a pagar un poco más por un producto que esté asociado con alguno de estos sellos como por ejemplo el de *Fair Trade*. Los esquemas de certificación y etiquetamiento, movilizan directamente el sentimiento del consumidor, al certificar productos, hechos de acuerdo con los códigos.

⁵ Estatuto de Responsabilidad Extracontractual por Daños Cometidos en el Extranjero.

En algunos casos, los códigos de conducta pueden ser vulnerables a cooptaciones por parte de las empresas. Por tanto, como los códigos no están sujetos a una supervisión regulatoria, pueden sufrir de un déficit en legitimidad. (Spiro P. , 2013, pág. 1107)

En cuanto a los esquemas de certificación, la Organización Internacional para la Estandarización (ISO por sus siglas en inglés) creó ISO 26000, que mide la responsabilidad social, incluyendo las contribuciones al desarrollo sostenible, respeto a las normas internacionales de comportamiento, y respeto por los Derechos Humanos. ISO ha suscrito un memorando de entendimiento (MoU por sus siglas en inglés) con la OIT y el Pacto Global para asegurar coherencia entre sus regímenes. (Spiro P. , 2013, pág. 1108).

Tanto los códigos de conducta como los esquemas de certificación, han madurado y se han convertido en estándares similares a los constructos regulatorios jurídicos. Ahora están sujetos al monitoreo y a la resolución de conflictos por parte de terceros. (Spiro P. , 2013, pág. 1106)

Aunque provienen del derecho privado, en ocasiones son avalados por el derecho público. Por ejemplo, los gobiernos solicitan certificaciones específicas en la adquisición de bienes por parte del Estado, como condiciones necesarias para entrar en una licitación u otras formas de concursos estatales. Sin embargo, esta regulación sigue siendo una regulación privada, en el entendido que ni los gobiernos ni las instituciones multilaterales participan formalmente en la supervisión de las mismas, así repercutan en lo público y en la empresa privada. (Spiro P. , 2013, pág. 1109)

Como este tipo de regulación no está sujeta a una supervisión regulatoria, pueden sufrir de un déficit de transparencia, en ocasiones carecen de una arquitectura para su implementación. Por otro lado, se han criticado por la voluntariedad de su cumplimiento, aunque en algunos sectores, los esquemas de certificación son efectivamente obligatorios. (Spiro P. , 2013, pág. 1107) Los estándares internacionales abarcan solo unas conductas reducidas, además, no todos los Estados han ratificado los tratados sobre Derechos Humanos, y los Estados varían en cuanto a la capacidad y la voluntad de implementar las obligaciones que han adquirido. (Ruggie J. G., 2013, pág. 90)

Por su parte, (Palazzo & Sherer, 2011, pág. 907) entre otros autores, han criticado estos esquemas de regulación, debido a su falta de legitimidad democrática. Para ellos, lo que hace realmente grave esta situación, es que los democráticamente elegidos para crear las normas (gobiernos), tienen menos poder para hacerlo, mientras los que se han regulado a sí mismos (corporaciones privadas) no tienen legitimidad democrática, y por tanto no tienen las responsabilidades que tienen los gobiernos por mandatos legales. En los países democráticos, las autoridades políticas son elegidas periódicamente y están sujetas al control parlamentario. Por su parte, los gerentes corporativos no son elegidos popularmente, y sus intervenciones políticas no están controladas por mecanismos, instituciones ni procedimientos políticos. Desde el punto de vista liberal, las corporaciones son privadas, no son actores políticos.

En estos casos, los asuntos públicos que antes eran abordados por la gobernanza del Estado-Nación, ahora caen bajo la discreción y la responsabilidad

de los gerentes corporativos. Con el fin de reaccionar frente a la presión de las ONG, eliminar lagunas normativas, y reducir la complejidad, muchas empresas han empezado a compensar dichas lagunas en la gobernanza nacional, al contribuir voluntariamente a la auto regulación. Y al producir bienes públicos que no están siendo brindados por los gobiernos. (Palazzo & Sherer, 2011, pág. 903)

Finalmente, mientras las normas corporativas y las de seguridad, ofrecen espacio para la consideración de los problemas de abusos a los Derechos Humanos como factores de la gobernanza corporativa, aún hay muy pocas guías oficiales para precisar los parámetros de esa relación. (Muchlinski P. , 2012, pág. 145)

C) Regulación Mixta

La categoría mixta pública privada incluye esfuerzos que pretenden llevar normas internacionales a la conducta corporativa a través de iniciativas de la ONU. De esta manera, el Pacto Global, que fue establecido en el 2000 y establece una iniciativa ciudadana corporativa bajo la cual las compañías se comprometen a diez principios relativos a los Derechos Humanos, los derechos del trabajo, la protección del medio ambiente y anticorrupción.

Con respecto a los Derechos Humanos, existen dos principios:

“Principio 1: Las Empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia.

Principio 2: Las Empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices de la vulneración de los derechos humanos” (UN Global Compact, 2014)

Más de 7,000 empresas se han suscrito al Pacto, así como los representantes de otros actores como la sociedad civil, organizaciones de trabajadores y agencias de la ONU. Las compañías suscritas deben enviar reportes anuales sobre la implementación de los principios. En años recientes, el secretariado del Pacto Global ha empezado a implementar el requerimiento de los reportes, enlistando a las compañías que no lo cumplen. A pesar del crecimiento, los miembros del Pacto Global incluyen sólo el 40% de las compañías más grandes en el mundo. Más allá de ejercicio auto evaluativo de los reportes, no hay mecanismos de implementación para avanzar en el cumplimiento de los principios. (Spiro P. , 2013, pág. 1111)

Por otra parte, la OECD adoptó en 1976 las *“Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”*, que fueron revisadas en el 2000 y posteriormente en el 2011, y recomiendan a las compañías respetar los Derechos Humanos de los afectados por sus actividades, teniendo en cuenta las obligaciones y compromisos del gobierno anfitrión. En su preámbulo son definidas como

“recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. 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. Las Directrices constituyen el único código

de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover”. (OECD, 2011, pág. 5)

Además, exigen a los países que se adhieren, establecer unos Puntos Nacionales de Contacto (OECD, 2011, pág. 5), al que cualquiera podría llevar una queja o reclamo de incumplimiento de cualquier multinacional domiciliada dentro de su territorio o que opere en uno de los Estados Miembros. (Ruggie J. G., 2013, pág. 46)

Así como con los códigos de conducta, los esquemas mixtos han sido criticados por su naturaleza no obligatoria, y su orientación, que no es jurídica. Aunque los grupos de Derechos Humanos han apoyado la adopción de los principios, recientemente se han vuelto más críticos. En el 2013, Human Rights Watch (HRW) en su reporte anual, caracterizó los Principios Rectores como una aproximación inadecuada, debido a que son tan fuertes como sus miembros corporativos los quieran hacer, y no aplican para las compañías que no quieren unirse. (Spiró P. , 2013, pág. 1113)

Además, en los principios del Pacto Global, así como en otros instrumentos internacionales significativos en el tema, queda claro que la responsabilidad social puede tener dimensiones económicas, sociales y éticas, en las que se espera que las multinacionales actúen, de buena fe y de acuerdo a los estándares propios de la actividad económica, mientras observan los principios fundamentales de una buena conducta social y ética.__(Muchlinski P. , Regulating Multinationals: Foreign

Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World, 2011, pág. 45)

D) Normatividad Interna

Puesto que no tener en cuenta el contexto interno olvidaría que las instituciones internacionales han sido inspiradas por las experiencias internas, (von Bogdandy, 2008, pág. 1915) se ha evidenciado la necesidad de explorar la normatividad interna que regula a las multinacionales. No obstante se advierte que éste no es el tema central del texto, por tanto no será abordado con profundidad.

Los Estados tienen la obligación de proteger los Derechos Humanos de las personas por mandato de los Principios Rectores, pero además son garantes de los mismos en razón de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales sobre el tema. En este sentido, éstos son los encargados de regular el tema de una manera en que cristalicen las normas amplias, en ocasiones vagas, de los mandatos internacionales, con el fin de implementarlos a favor de una reparación efectiva para las víctimas.

El lugar más prominente en la regulación y la jurisprudencia sobre los Derechos Humanos y las compañías multinacionales ha sido Estados Unidos bajo el “*Alien Tort Statute*”⁶ que fue adoptado en 1789 para combatir la piratería, proteger embajadores, y para asegurar conductas seguras. Fue descubierto por abogados de Derechos Humanos doscientos años después como un medio para que demandantes

⁶ Estatuto de Responsabilidad Extracontractual por Daños Cometidos en el Extranjero.

extranjeros pudieran llevar demandas civiles ante cortes federales, en principio en contra de individuos, y después en contra de compañías multinacionales como personas jurídicas, por violar las normas de sistemas jurídicos nacionales o un tratado suscrito por Estados Unidos. (Ruggie J. G., 2013, pág. XXXIII) Dicho estatuto, fue complementado por el *Torture Victim Protection Act (TVPA)*⁷ en 1991 y ha sido usado en demanda en contra de compañías. (Martin-Ortega, 2008, pág. 9)

Por su parte, en Colombia, el conflicto armado se caracteriza por ser largo, complejo y brutal, en el que reivindicaciones políticas se mezclan con intereses económicos sobre los recursos naturales del país. Las actividades y los medios empleados por ciertas multinacionales en Colombia, tienen un impacto en el desarrollo del conflicto en ciertas zonas, particularmente a través de su relación con grupos al margen de la ley que operan allí. (Martin-Ortega, 2008, pág. 1)

Así, los inversionistas privados involucrados en la extracción, producción, o comercialización legal de recursos naturales y productos, han jugado un rol significativo en el conflicto armado colombiano. Su rol en el mismo se relaciona directamente con la falta de un control efectivo del Estado en ciertas zonas del país, especialmente las rurales. Lo anterior significa que en ciertas regiones, son los grupos armados los que controlan efectivamente el territorio, las instituciones y en general, la vida diaria de las personas. Esto ha causado que los inversionistas privados hayan negociado con dichos grupos, para acceder a los recursos. Estas relaciones han sido denunciadas por varios años, y a partir del 2001, han llegado a las cortes de Estados

⁷ Ley de Protección de Víctimas de la Tortura

Unidos. Fueron renombrados los casos de Chiquita Brands⁸, Dole, Del Monte y Drummond y Coca-Cola. (Martin-Ortega, 2008, pág. 5)

Infortunadamente, el caso de Colombia, es uno de los ejemplos más prominentes de violaciones a los Derechos Humanos dentro del marco de un conflicto armado, con vínculos directos de las multinacionales. Diferentes actores de la sociedad civil, han recurrido a algunas herramientas para hacerlas responsables por sus acciones, desde campañas que buscan visibilizar sus actuaciones y avergonzarlas, un proceso ante el *Permanent People's Tribunal*⁹ en el 2005 y ante las cortes de Estados Unidos. (Martin-Ortega, 2008, pág. 9)

A pesar de la existencia del recurso de acudir ante las autoridades de Estados Unidos en virtud de las normas mencionadas, emerge un problema a partir de la estructura de las multinacionales. Aunque en el día a día una compañía multinacional actúe en grupo, cada subsidiaria es constituida como una persona jurídica por separado, sujeta a la jurisdicción en la que actúa. Por lo tanto, la matriz generalmente no es responsable de las violaciones cometidas por una subsidiaria, incluso cuando es la única inversionista o socia de la misma, a no ser que la subsidiaria esté controlada de manera unívoca en sus operaciones ordinarias por la matriz, de manera en que

⁸ Compañía que admitió en el 2007, haber realizado pagos a la guerrilla y posteriormente a los paramilitares entre 1997 y 2004. (Martin-Ortega, 2008, pág. 5)

⁹ El Tribunal Permanente de los Pueblos “*fue fundado en 1979 en Bolonia, Italia, por el abogado y senador italiano Lelio Basso. Fue formalmente inaugurado por juristas comprometidos, defensores de Derechos Humanos y ganadores del Premio Nobel de la Paz. Su creación tuvo lugar tras dos eventos fundadores: la adopción de la Declaración universal de los derechos de los pueblos en Argel en el año 1976 y la conclusión del segundo Tribunal Russell del año 1976 que juzgó las dictaduras militares en América Latina. El TPP, con sede en la Fundación Lelio y Lisli Basso, es un órgano independiente, nacido de los pueblos, que puede, a la demanda de las personas y organizaciones de la sociedad civil, examinar las violaciones sistemáticas de esos derechos. La acción se apoya en el derecho internacional y supone un examen riguroso de los hechos. A la conclusión de una sesión, los veredictos y los informes producidos son difundidos ampliamente a los movimientos sociales, instituciones estatales y diversas comisiones de las Naciones Unidas*”. (Tribunal Permanente de los Pueblos, 2014)

pueda ser vista como una simple agente de la misma. Esto hace extremadamente difícil para cualquier jurisdicción, regular las actividades de las multinacionales, y puede impedir a las víctimas de los mencionados abusos, de obtener un resarcimiento adecuado. (Ruggie J. G., 2013, pág. XXXIV)

A lo anterior se le suma que la compañía puede influenciar a su país anfitrión de diferentes maneras. Puede amenazarlo de llevar a otro país la inversión realizada. Además, puede demandar al gobierno ante un tribunal de arbitraje internacional vinculante si su inversión ha sido afectada negativamente por medidas legislativas o administrativas, y los árbitros *ad hoc* pueden considerar que dichas medidas constituyen un incumplimiento al acuerdo de inversión, incluso si el país anfitrión simplemente está aplicando sus obligaciones en cuanto a los Derechos Humanos de una manera no discriminatoria (aplicándola de la misma manera a los inversionistas locales y a los extranjeros) También, la subsidiaria puede llegar a su país de origen, y a través de éste, puede llegar a las instituciones financieras como el Grupo Banco Mundial, del que probablemente dependa su país anfitrión para apoyo financiero.

3.2. Visión crítica. Rol de la sociedad civil global

A partir de la regulación existente, los académicos han abordado el tema de diversas maneras. Algunas posiciones, están más alineadas con las posiciones institucionales, es decir, se manifiestan optimistas frente a los cambios que paulatinamente se han realizado en cuanto a la regulación. No obstante, un sector amplio de la doctrina, ha acogido una postura crítica. Algunos piensan que la regulación existente es insuficiente, pero otros, como Penelope Simmons (Simons, 2012), consideran

que la impunidad de las violaciones a los Derechos Humanos por parte de las compañías multinacionales está profundamente arraigada al sistema jurídico internacional y su estructura en sí.

Para los críticos, aunque la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU identificó los síntomas de la realidad, ésta no examinó los aspectos estructurales del problema. Dicho análisis habría revelado la necesidad de obligaciones vinculantes sobre Derechos Humanos para las compañías multinacionales en una estrategia adecuada que busque abordar la impunidad corporativa. (Simons, 2012, pág. 12)

La anterior crítica, se realiza a partir de varias posturas, como la feminista, los Estudios Críticos Frente al Derecho, (que no serán planteadas en el presente texto), y las aproximaciones a partir de la denominada corriente del Tercer Mundo frente el Derecho Internacional (TWAIL¹⁰ por sus siglas en inglés).

De acuerdo con estos académicos, el Derecho Internacional tiene sentido en el contexto de la historia de las personas del Tercer Mundo, es decir, su experiencia a partir del colonialismo y el neo colonialismo, que las volvió sensibles a las relaciones de poder entre Estados y a las maneras en que cualquier norma internacional positiva o institución afectará efectivamente la distribución de poder entre los Estados y las personas. Se habla de las personas y no únicamente de los Estados que las representan en los diferentes foros internacionales, de su experiencia que será el prisma interpretativo a través del cual las normas del Derecho Internacional serán evaluados. (Anghie & Chimni, 2003, pág. 77) De

¹⁰ *Third World Approaches to International Law*

esta manera, la corriente genera un debate vibrante alrededor de cuestiones de la historia colonial, el poder, la identidad y la diferencia y lo que dichas cuestiones significan para el Derecho Internacional. (Gathii, 2011, pág. 26)

En este sentido, la postura examina de cerca el alcance de las relaciones coloniales, y la manera en que éstas forjaron los principios del Derecho Internacional. En lugar de ver al colonialismo como algo externo e incidental, o una aberración que puede ser rápidamente remediada una vez es reconocida, algunos académicos TWAIL se han centrado en una propuesta alarmante, en la que afirman que el colonialismo es central en la formación del Derecho Internacional, pues fue a través del mismo que la disciplina alcanzó la universalidad que la caracteriza. (Anghie & Chimni, 2003, pág. 84) Por tanto, proponen que el concepto de soberanía, e incluso el concepto de Derecho, fueron inevitablemente forjados por las relaciones de poder y subordinación inherentes a la relación colonial.

Para esta postura crítica, los Estados poderosos han usado el Derecho Internacional y sus instituciones para crear un ambiente legal globalizado que protege y facilita la actividad corporativa. De acuerdo con Okafor citado en (Simons, 2012, pág. 20), el movimiento TWAIL dentro de la disciplina de los estudios jurídicos, puede ser visto como una dialéctica amplia de oposición al carácter desigual e injusto del régimen jurídico internacional que frecuentemente sujeta a los países en desarrollo a la dominación y subordinación.

Los académicos TWAIL aseguran que los europeos y demás países del norte del mundo, han identificado a los “otros”, como las tribus, los infieles, los bárbaros, y la

fuerza de toda violencia, por tanto deben ser reprimidos por medio de una violencia incluso más intensa (Anghie & Chimni, 2003, pág. 85) No obstante, esta violencia es legítima si es empleada por el poder colonial, puesto que busca salvar a los “otros” de sí mismos. Es válido emplear dicha violencia y es moralmente justificable, porque el otro debe ser civilizado. Hoy en día, la idea de salvación ha evolucionado en conceptos como el desarrollo, la democratización, la expansión de los Derechos Humanos y las estrategias de buen gobierno, que posicionan al Tercer Mundo como si le faltara algo o como si tuviera una deficiencia y una necesidad de la intervención internacional para su salvación.

De acuerdo con esta corriente, el problema de la perspectiva de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, es que en conjunto con las intervenciones de las instituciones financieras internacionales en las economías de los Estados en vía de desarrollo, evitan la rendición de cuentas por parte de las compañías. Lo anterior pone en evidencia problemas en la estructura del sistema jurídico internacional en sí.

Para algunos académicos, el Derecho Internacional ha sido usado para crear un ambiente permisivo y protector de las actividades corporativas, al quitarle la capacidad de gobernar a los Estados del llamado Tercer Mundo. Por esto, el movimiento TWAIL se pregunta si el Derecho Internacional es una herramienta apropiada por medio de la cual se debería abordar el desbalance entre Estados, y al mismo tiempo, proteger a los individuos de una manera efectiva frente a las actividades nocivas de los actores corporativos. (Simons, 2012, pág. 40)

Algunos académicos TWAIL creen, por el contrario, en el potencial transformador del Derecho Internacional, y en la idea del Derecho como un medio para limitar el poder, (Anghie & Chimni, 2003, pág. 101), buscan formularlo de una manera en que se mantenga firme en sus ideales y sirva a la justicia global. (Anghie & Chimni, 2003, págs. 102-103) Por esto, han considerado las posibilidades de un cambio igualitario en una amplia variedad de campos del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Económico. (Gathii, 2011, pág. 26) Como consecuencia, desafían la hegemonía de las narrativas dominantes del Derecho Internacional, desglosando las diferencias entre aspectos como la raza, la clase, el género, el sexo, la economía, el comercio, entre otros, de una manera interdisciplinaria. (Gathii, 2011, pág. 37)

La corriente sostiene por un lado, que se afianza cada vez más un régimen sofisticado de los derechos directos e indirectos de las corporaciones, bajo varios acuerdos de libre comercio multilaterales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés) y los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC); así como los acuerdos de inversión bilaterales entre países desarrollados y países en vía de desarrollo. Por otro lado, hay una estrecha relación entre la OMC, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), a partir del Tratado de Marrakech que funda la OMC. Ésta tiene una obligación de colaborar con el Banco y el FMI, además de otras agencias relacionadas, con el fin de alcanzar una mayor coherencia en la creación de la política económica global. Además, estos acuerdos limitan la libertad de los Estados de regular la actividad económica.

En este sentido, Thomas Pogge (Pogge, 2005, pág. 717) afirma que los componentes fundamentales del Derecho Internacional, sistemáticamente obstruyen las

aspiraciones de las poblaciones pobres de autogobernarse, de tener derechos civiles y una solvencia económica mínima. Las organizaciones internacionales centrales, como la OMC, el FMI y el Banco Mundial, están diseñadas para contribuir sistemáticamente con la permanencia de la pobreza, y reflejan los intereses compartidos de los gobiernos, las corporaciones, y los ciudadanos de los países más ricos, más que un esfuerzo por evitar la pobreza global. Las normas actuales, favorecen a los países ricos al permitirles proteger sus mercados a través de cuotas, tarifas, créditos de exportación y subsidios a los productores locales en maneras en que no son permitidas o no pueden ser igualadas por los países en vía de desarrollo. Dichas regulaciones asimétricas, refuerzan las inequidades que permiten a los gobiernos de los países ricos imponer estas normas asimétricas desde un principio. (Pogge, 2005, pág. 725)

Como lo observa William Tabb citado en (Simons, 2012, pág. 26), el impulso de los acuerdos internacionales sobre el comercio y la inversión, han extendido de manera casi uniforme la libertad de las multinacionales de operar con menos impedimentos a nivel global. Los requerimientos de liberalización impuestos por los acuerdos comerciales, tienen un impacto en la capacidad de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales con respecto a los Derechos Humanos. Y como (Van den Bossche, 2008, pág. 110) explica, el proceso de adhesión a la OMC requiere que un país negocie los términos de ésta con los miembros actuales. El candidato debe aceptar las condiciones del Acuerdo de la OMC y todos los acuerdos multilaterales sobre el comercio. La adhesión bajo esas condiciones no está sujeta a negociación. Algunos estudios han demostrado que los requerimientos de la liberación de impuestos por los acuerdos comerciales, que los Estados miembros de la OMC deben adoptar como un

paquete completo, pueden y de hecho tienen un impacto en la habilidad de los Estados de cumplir con sus obligaciones en cuanto a los Derechos Humanos. (Simons, 2012, pág. 27)

El efecto de esas condiciones, era el de trasladar la gobernanza económica de los Estados a las instituciones financieras internacionales, y al mismo tiempo, debilitar la capacidad de los Estados de emprender reformas sociales, incluyendo medidas para respetar, proteger y hacer cumplir los Derechos Humanos de quienes están sujetos a sus jurisdicciones. Además, esos programas jugaron un rol significativo en el incremento de pobreza en los mismos Estados, causando violaciones a los Derechos Humanos. (Simons, 2012, págs. 25-26)

En este sentido, los esfuerzos realizados por el Banco Mundial para abordar los impactos ambientales y sociales han sido limitados y la mayor amenaza a la efectividad de estos programas, ha sido la falta de palancas en el gobierno y/o la capacidad débil de los gobiernos de asegurar la implementación de las recomendaciones del Banco Mundial. A pesar del reconocimiento del Banco de la incapacidad de los Estados en esta área, los programas de reformas estructurales han sido lanzados bajo la suposición de que un aumento en la inversión extranjera, estimularía un crecimiento económico más amplio y reduciría la pobreza. Además, se ha concluido que los fracasos institucionales, del mercado y de las políticas, que fueron dejados sin corregir o fueron creados por ajustes estructurales y reformas institucionales o de políticas públicas, han sido responsables de los impactos sociales y ambientales. (Simons, 2012, pág. 24)

James Gathi citado en (Simons, 2012, pág. 25), observa que la agenda de buen gobierno promovida por el Banco Mundial, reformula las políticas económicas neoliberales del mismo, disfrazados con una jerga nueva compatible con los Derechos Humanos. Esta concepción le da preferencia a la política económica más que a los Derechos Humanos, a no ser que esos derechos puedan ser conceptualizados a partir de la lógica económica, mediante una apertura en el comercio internacional y las finanzas, y una reducción del gasto social en educación y salud. Entonces, el Banco Mundial tiende a apoyar únicamente esos derechos que se encuentran alineados con sus políticas *laissez-faire*. Por lo tanto, los derechos civiles y políticos, que son más compatibles con las reformas neoliberales, como la propiedad privada y la libertad de contratación, reciben un mayor apoyo en las políticas de buen gobierno.

Un estudio etnográfico de la cultura organizacional del Banco Mundial realizado por Galit Sarfaty, muestra que a pesar del mandato del Banco de abordar el desarrollo y la reducción de la pobreza, hay varios obstáculos que han mantenido los temas de Derechos Humanos marginalizados dentro de la organización, estos incluyen la toma de decisiones, la estructura y la cultura organizacional del Banco. A modo de ejemplo, el proceso de toma de decisiones es generalmente por consenso, y si los Estados miembros fracasan en obtenerlo, deben delegar la decisión a las autoridades del Banco. Los Derechos Humanos son un tema en el que los Estados se encuentran divididos, y por esto las autoridades del Banco han dudado en proponer en la agenda, el tema de los Derechos Humanos. (Simons, 2012, pág. 36)

Por su parte, el énfasis puesto en la capacidad de los Estados de gobernar por parte de la Subcomisión, no llevó a ninguna consideración significativa del impacto de las

políticas y prácticas del Banco Mundial y el FMI. A pesar de las implicaciones tan importantes para la gobernanza en cuanto a los Derechos Humanos, su reporte del 2010 alude únicamente a las obligaciones sobre los Derechos Humanos de los Estados que son miembros de estas instituciones entre otras, y a la necesidad del cambio en las políticas de esas organizaciones internacionales.

Esta recomendación es ligeramente desarrollada en el Principio Rector número diez, que recuerda a los Estados que tienen obligaciones internacionales en cuanto a los Derechos Humanos cuando participan en dichas instituciones y apunta que la acción colectiva a través de las mismas, puede ayudar a los Estados a limitar el campo de acción de las multinacionales con respecto a los Derechos Humanos. El comentario sugiere además, la posibilidad de dotar a las instituciones de capacidad para actuar en este sentido, mientras se crea consciencia sobre el tema dentro de las mismas. Esto podría jugar un rol vital dentro del deber de protección de los Estados.

No obstante, dado el rol del Banco Mundial y el FMI en el debilitamiento de la capacidad de los Estados de gobernar, la aproximación de Ruggie en este asunto parece desacertada. Se requeriría una transformación cultural y estructural significativa en estas instituciones financieras para que estas sugerencias (y particularmente, la última recomendación) tenga alguna credibilidad. (Simons, 2012, pág. 35) Las recomendaciones son apenas deberes morales, pero carecen de algún mecanismo de implementación o vigilancia. Fallan además en describir con claridad qué podría entenderse como un incumplimiento del deber de protección de los Estados o del de respetar de las compañías. Se critica también, que al ser un proceso voluntario y privado sin un complemento de obligaciones jurídicas internacionales, podría no ser más efectivo que

otros regímenes auto regulatorios en la regulación y la implementación de normas para las compañías en cuanto a los Derechos Humanos.

La crítica de la precitada autora, tendría implícita una fuerte crítica al *soft law* como fuente del Derecho Internacional, descartando sus ventajas y su importancia dentro del mismo. En primer lugar, la mayor parte del Derecho Internacional es blando¹¹ de una manera distintiva (Abbott & Snidal, 2000, pág. 421). El *soft law* se caracteriza por el debilitamiento de alguno de los elementos de la norma, como la obligación o la precisión. Este debilitamiento ocurre en varios grados en cada elemento y en diferentes combinaciones.

El *soft law* ha sido ampliamente criticado e incluso descartado como un factor relevante en los asuntos internacionales. Para algunos académicos, la ausencia de un sistema jurídico independiente que permita su implementación, hace que todo el Derecho Internacional sea débil y por lo tanto, sólo una apariencia. Lo anterior, olvida que el *soft law* facilita el compromiso, y por lo tanto, la cooperación de mutuo beneficio, entre actores con diferentes intereses, valores y zonas horarias, así como diferentes grados de poder. (Abbott & Snidal, 2000, pág. 423)

Los Estados enfrentan desafíos al elegir grados de legalización, porque los acuerdos de carácter fuerte reducen el costo de operar dentro de un marco jurídico al fortalecer las obligaciones, reducir los costos de transacción, pero son difíciles de conseguir. Los acuerdos de *soft law* no pueden brindar todos estos beneficios, pero reducen los costos de alcanzar alguna normatividad, tanto inicialmente como después de

¹¹ Originalmente, *soft*

un tiempo. (Abbott & Snidal, 2000, pág. 436) El *soft law* puede remediar los problemas de negociación entre Estados mientras abre oportunidades para alcanzar compromisos que todos prefieren. Negociar un acuerdo altamente vinculante y elaborado entre Estados heterogéneos es un proceso costoso y prolongado. Frecuentemente, es más práctico negociar un acuerdo menos gravoso que establece objetivos generales pero con una menor precisión y un mandato limitado. (Abbott & Snidal, 2000, págs. 444-445)

La legalización blanda le permite a los Estados adaptar sus obligaciones a sus contextos particulares en lugar de tratar de acomodar las circunstancias nacionales divergentes dentro de un mismo texto. Esto les brinda flexibilidad en la implementación, ayudándoles a los Estados a hacerle frente a las consecuencias políticas y económicas locales de un acuerdo, y por tanto, incrementa la eficiencia de lo que se lleva a cabo. Asimismo, el *soft law* debería ser atractivo en proporción al grado de divergencia entre las preferencias y las capacidades de los Estados, una condición que incrementa casi de manera automática mientras se mueve de la negociación bilateral a la multilateral. La flexibilidad es especialmente importante cuando la incertidumbre amenaza con disolver el trato entendido como un paquete completo. En vez de sostener el acuerdo completo, los Estados pueden incorporar provisiones exhortativas o imprecisas para enfrentar asuntos difíciles, permitiéndoles proceder con el resto del trato. (Abbott & Snidal, 2000, pág. 445)

Las ventajas de la flexibilidad no vienen sin costos. Los compromisos en el *soft law*, hacen más difícil determinar si un Estado está o no cumpliéndolos y por lo tanto, crea oportunidades para aminorar los efectos de dichas obligaciones. Además debilitan la habilidad de los gobiernos de comprometerse con las políticas al invocar compromisos

internacionales firmes y por tanto, le facilita a los grupos locales, incluyendo a otras ramas del gobierno, deshacer el acuerdo. Debido a que incluso los acuerdos de *soft law* comprometen a los Estados a formas características de discurso y procedimiento, el *soft law* provee una manera de alcanzar compromiso con el tiempo. (Abbott & Snidal, 2000, pág. 446)

En virtud de lo anterior, podría inferirse que los Principios Rectores probablemente nunca hubieran sido alcanzados, si se hubiera esperado a llegar a un consenso entre Estados, debido, entre otros asuntos, a las asimetrías de poder entre los países receptores de la inversión extranjera, y los países donde se origina la misma. En este sentido, no se descartan los Principios debido a su carácter de *soft law*.

Sin embargo, estos no discuten directamente el Derecho Internacional Económico, aunque si recomiendan a los Estados, que protejan las políticas para que se nivelen con sus obligaciones internacionales en cuanto a los Derechos Humanos cuando persigan objetivos comerciales con otros Estados. Si bien el Principio General número diez que fue descrito anteriormente, aplicaría con respecto a la OMC, no hay un comentario específico sobre cómo los Estados podrían recuperar el espacio regulatorio constreñido por los acuerdos de la OMC. Sin embargo, Ruggie, en su rol como Subcomisionado, no declaró públicamente sobre por qué no había investigado el rol de las instituciones financieras internacionales y el régimen comercial global en el debilitamiento de la capacidad de gobernanza de los Estados anfitriones de inversión extranjera. (Simons, 2012, pág. 37)

Así las cosas, se reconoce el progreso de los Principios, pues existe un avance importante comparado con lo que existía previamente, especialmente en la articulación de

la responsabilidad de las compañías de respetar, incluyendo los componentes de la diligencia debida en los Derechos Humanos y la creación de un estándar singular, seguramente asegurarán una respuesta un poco más abarcadora. En este sentido, es un paso, pero como este argumento lo insinúa, no es lo suficientemente progresivo. La Guía y el mecanismo de seguimiento aprobados por la Comisión, sufren de los mismos defectos que padecen otras iniciativas voluntarias con un enfoque de *stakeholders*, al tener estándares inadecuados y carecer de una vigilancia efectiva de su cumplimiento.

En una declaración conjunta, la Sociedad Civil mediante algunas ONG se dirigieron a la Comisión, mientras reconocieron el progreso realizado durante el mandato del Subcomisionado, expresaron preocupación puesto que los Principios Rectores podrían ser un paso atrás con respecto al Marco Normativo de 2008, pues no reflejaron de una manera adecuada algunos asuntos centrales, como las obligaciones y responsabilidades extraterritoriales de las compañías, la necesidad de una regulación más efectiva, el derecho a una indemnización de las víctimas, y la necesidad de una rendición de cuentas coherente con los estándares internacionales de Derechos Humanos. La crítica se resume en que los Principios Rectores por sí mismos, no sirven como una serie de estándares de alcance global, para abordar todo el ámbito de las compañías y los Derechos Humanos. (Simons, 2012, pág. 38)

Por otro lado, la ONG Human Rights Watch afirmó que con la aprobación de los Principios Rectores y sus defectos, y el fracaso en poner en funcionamiento mecanismos para asegurar unos pasos básicos para proteger los Derechos Humanos, el Consejo aprobó el *status quo*: un mundo en el que las compañías son alentadas pero no obligadas a respetar los Derechos Humanos (Simons, 2012, pág. 39). La preocupación de la precitada

ONG, es que dichos Principios hayan bajado los estándares en algunas áreas, como el derecho que tienen las víctimas a una reparación efectiva, y la rendición de cuentas por parte de las multinacionales.

Lo anterior es especialmente problemático debido a que las compañías ahora podrían estar percibiendo a los Principios Rectores como el estándar único y definitivo en cuanto a los Derechos Humanos. Se crea el riesgo de que muchas compañías ignoren los estándares que los Principios Rectores no hayan tenido en cuenta. (Albin-Lackey, 2013, pág. 33) Asimismo, éstos no insisten explícitamente que los gobiernos regulen a las compañías con el alcance y rigor que se requiere, además fallan en presionar a los gobiernos con la firmeza necesaria con el fin de asegurar que las compañías respeten los Derechos Humanos. En este sentido, afianzan un paradigma dominante entre las compañías y muchos gobiernos, realizando una regulación que las compañías necesitan, con compromisos amplios, vagos y ambiguos, sin un mecanismo de implementación, que al fin de cuentas, no hacen lo suficiente para proteger los Derechos Humanos.

Dicha acción de las ONG, vislumbra una acción desde la perspectiva de los movimientos sociales,

“que empujan al Derecho Internacional más allá de las definiciones formalistas de democracia, como los derechos electorales, y de definiciones negativas de la sociedad civil, como campo de la actividad No gubernamental, hacia una definición más rica y positiva que se fundamenta en una política de lo cultural de la identidad, la autonomía y el territorio.” (Rajagopal, 2005, pág. 273)

Se destacan principalmente los movimientos sociales del Tercer Mundo, que aparecen como respuesta a las nuevas formas duras de la economía global (Rajagopal, 2005, pág. 280), pues buscan una reestructuración con el fin de obtener mayor equidad en el acceso y control de los recursos de producción, dotando de sentido a la democracia. (Rajagopal, 2005, pág. 290)

Finalmente, el problema de la impunidad corporativa para las violaciones extraterritoriales a los Derechos Humanos, es profundamente complejo y necesita ser atacado de una manera creativa e inteligente en una variedad de niveles jurisdiccionales. El Subcomisionado ha hecho incursiones significativas en un gran número de frentes. Sin embargo, no se ha atrevido a imponer obligaciones vinculantes de Derechos Humanos para los actores multinacionales.

Finalmente, la Subcomisión, al limitarse a realizar recomendaciones y al mismo tiempo, al abstenerse de adoptar un instrumento vinculante más general, perdió la oportunidad de empujar a los Estados y a los actores corporativos fuera de su zona de confort. Los actores corporativos y sus Estados de origen, se opondrán a obligaciones jurídicas vinculantes siempre y cuando se les permita. (Simons, 2012, pág. 41) Por su parte, (McCorquodale & Simons, 2007), han notado que hay muchos métodos de regulación, pero la regulación sin una implementación adecuada a través de mecanismos jurídicos, rara vez es efectivo como medio de cambio del comportamiento público, económico o social a largo plazo. Si no se involucra al Derecho Internacional como una parte íntegra de la estrategia para abordar los impactos y la responsabilidad en cuanto a los Derechos Humanos por parte de las compañías, así como la soberanía de los gobiernos, permanecerá la preocupación de que a pesar de algunos cambios en las

políticas estatales, internamente en las compañías, y en la diligencia debida, pareciera que el mundo de los negocios sigue su curso sin tenerlos en cuenta.

4. CONCLUSIONES

Los procesos de la gobernanza global, han propiciado que la actividad de las compañías multinacionales trascienda los efectos propios de su objeto social. Es decir, además de perseguir sus objetivos comerciales, intervienen el entorno en el que se ubican, (con frecuencia causando daños permanentes) pero además, se involucran a menudo en violaciones a los Derechos Humanos de sus trabajadores, o de quienes habitan los territorios donde se asientan.

El impacto de esos efectos colaterales, conduce a que ciertos partícipes de la sociedad civil global, aboguen por la construcción de un marco de protección frente a estos. Especialmente, las ONG se involucran en campañas de defensa, en atraer la atención de los medios de comunicación, llegando al público y movilizándolo para que las apoye. De esta manera, presionan indirectamente a los gobiernos, que a su vez son presionados de manera directa por sus votantes o por las corporaciones que temen a las reacciones de sus consumidores.

Las organizaciones de la sociedad civil han establecido relaciones complejas entre sí, con gobiernos nacionales, con otros grupos sociales, religiosos y organizaciones internacionales como las Naciones Unidas. Son los principales impulsores de la reforma a nivel internacional, buscando una normatividad más estricta para las multinacionales.

En el actual estado de cosas, la normatividad se manifiesta a través del soft-law. Lo anterior, implica que no son jurídicamente vinculantes, no crean obligaciones directas, sino que se derivan de una fuerza normativa a través del reconocimiento de las expectativas sociales de los Estados y otros actores clave. No obstante, esto no quiere decir que el Derecho Internacional ignore que las compañías multinacionales puedan participar directamente en violaciones a Derechos Humanos, sin embargo, no hay una norma que directamente las haga responsables, o

les prohíba violar los precitados derechos. Este tipo de normas no tienen unos mecanismos para una adecuada implementación, lo que le permite a las compañías un marco normativo flexible y dúctil que no siempre se refleja en la protección de los afectados directos por su operación. El Derecho Internacional procura obligar a los Estados, a regular internamente el tema, para que los actores no estatales que se encuentran actuando en sus territorios, respeten los Derechos Humanos y sean declarados responsables en caso de violarlos.

Lo anterior se agrava, debido a que dichos mecanismos sujetan directamente a los Estados, que en ocasiones no tienen la capacidad para garantizar una protección efectiva de los Derechos Humanos. En algunos Estados en los que operan las multinacionales, no son democráticos, ni institucionalmente fuertes; incluso cuando lo son, pueden ser blandos en cuanto al control y la vigilancia de éstas. Como consecuencia, son a veces más sensibles a los intereses de las multinacionales que a los de sus ciudadanos. Por lo tanto, los Estados anfitriones no quieren regular o sancionar fuertemente a las compañías, debido al miedo de perder la inversión extranjera, los puestos de trabajo, y demás beneficios que les traen las compañías. Además, éstas llegan a los Estados mediante acuerdos bilaterales de inversión, que usualmente conllevan una cláusula compromisoria, así, los Estados anfitriones pueden ser demandados ante un tribunal de arbitraje internacional de inversión si modifican su legislación en cuanto a las multinacionales y su actividad.

Por otra parte, los diferentes componentes de la sociedad civil global, buscan diseñar e implementar mecanismos de control para la situación descrita. Promueven la implementación de medidas fuertes, en ocasiones de reputación, y en otras, económicas, pero que se refieran directamente a las compañías.

De lo anterior se generan dos riesgos, el primero es que las sanciones que buscan afectar la reputación de los países, generan incentivos perversos para las compañías, pues un país que no protege los Derechos Humanos, que no le hace frente a las violaciones de los mismos, será un destino deseable para el asentamiento de éstas.

En segundo lugar, si la normatividad internacional pública se formula de una manera en que se vincule directamente a las compañías multinacionales, podría disminuir la presión que tienen los Estados, en cuanto a sus obligaciones internacionales vinculantes sobre los Derechos Humanos. Éstas consisten en crear normas internas de protección e implementación en cuanto a los mismos.

A raíz de los mencionados riesgos, se considera la posibilidad de analizar los diferentes esquemas de regulación, y la efectividad que tienen para limitar la problemática. En primer lugar, es importante señalar que aunque el *soft law* que se emplea actualmente para regular a las compañías ha sido ampliamente criticado en cuanto a su alcance en los asuntos internacionales, tiene la ventaja de facilitar el compromiso y la cooperación de mutuo beneficio entre actores diversos, con diferentes valores, intereses, y grados de poder.

La flexibilidad que brinda, es deseable cuando se requiere un avance normativo de carácter público y con un alto grado de legitimidad. En virtud de lo anterior, se celebran avances como Los Principios Rectores de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, que permitió de cierta manera, generar un consenso en cuanto a la regulación. No obstante, la sociedad civil global se manifestó en desacuerdo con los precitados Principios Rectores, debido, entre otras cosas, al carácter de *soft law* que no vincula directamente a las compañías.

Las críticas provienen de académicos de corrientes tan diversas como la feminista, los estudios críticos frente al Derecho y las aproximaciones a partir de la denominada corriente del Tercer Mundo frente el Derecho Internacional. Ésta última corriente, critica el estado de cosas a nivel normativo, pues dicen que ha sido empleado por los Estados poderosos para crear un ambiente jurídico globalizado que protege y facilita la actividad corporativa, sujetando a los países en desarrollo a la dominación y subordinación por parte de los países desarrollados. También en la planeación de las instituciones financieras como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, por medio de programas de desarrollo, con condiciones en cuanto a la regulación interna.

No obstante, se considera que desestimar a las normas de soft law únicamente por su naturaleza, es mirar al Derecho, especialmente al Derecho Internacional desde un punto de vista muy formalista, y por la naturaleza misma de este Derecho, deben tenerse en cuenta otros tipos de regulaciones diferentes a las más estrictas y vinculantes.

Así, las compañías han acudido a regularse entre sí, por medio de esquemas de certificación, códigos de conducta, y regímenes de fijación de estándares. No obstante, dichas normas son de carácter privado, es decir, no están sujetas a la supervisión de gobiernos ni avaladas por organizaciones internacionales. Razones por las cuales, estas regulaciones han sido fuertemente criticadas, especialmente por la sociedad civil global, al sufrir de un déficit de legitimidad democrática, de transparencia y en ocasiones, carecer de mecanismos de implementación. Además se critican, por la voluntariedad de su cumplimiento, aunque en algunos sectores, los esquemas de certificación son altamente obligatorios.

Por otra parte, surge la categoría de regulación mixta pública privada que incluye esfuerzos que pretenden llevar normas internacionales a la conducta corporativa a través de iniciativas de la ONU. Entre las más conocidas están el Pacto Global y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Los esquemas mixtos, han sido criticados en parte, por asemejarse a los esquemas privados, en que su naturaleza no es obligatoria, y su orientación no es jurídica.

Como consecuencia de la complejidad del tema, deben atacarse todos los frentes del mismo, pues aún no se ha abordado la responsabilidad directa de las compañías, ni las obligaciones puntuales que tienen los Estados en cuanto a su deber de proteger. Debido a las dificultades de las anteriores normas, se evidencia la posibilidad de explorar las medidas mixtas, es decir, que provienen de actores diferentes a las organizaciones internacionales y a los Estados, como los estándares de calidad establecidos por ISO, pero que sean objeto de revisión por parte de las autoridades competentes, en el que participen representantes de la sociedad civil, diferentes organizaciones internacionales, sindicatos, y las compañías multinacionales. Los gobiernos, podrían exigir en sus procesos de selección de proveedores, dichos estándares, con el fin de avalarlos y popularizarlos rápidamente.

Lo que debe destacarse, es el hecho de que los estándares formulados, serían dotados de legitimidad, con una adecuada participación por parte de los diferentes actores. Con un sistema de incentivos para quienes los cumplan, pero además, con sanciones efectivas a quienes no lo hagan. Lo anterior es relevante para evitar modelos como los del Pacto Global, que se centran en la autoevaluación, y que únicamente puede exigírsele a quienes han suscrito el Pacto.

Dicha propuesta, podrá fortalecer la certeza en cuanto a la regulación, debido a que las corporaciones evitan estar inmersos en situaciones de incertidumbre jurídica y este tipo de regulación podría ser menos vulnerable al desplazamiento competitivo que debilita los esquemas privados.

Por otro lado, podrían ser introducidas obligaciones en cuanto a los Derechos Humanos, así como mecanismos para su cumplimiento, en acuerdos de inversión bilaterales y otros acuerdos internacionales sobre la inversión. Podrían adicionarse obligaciones específicas incluyendo la obligación de no cometer o ser cómplices en violaciones a los Derechos Humanos. La popularización de la adopción de dichos estándares podría permitir la construcción de un consenso internacional para un acuerdo multilateral más amplio.

Finalmente, las corporaciones han aprendido a navegar en la regulación a nivel nacional a su ventaja, y pareciera que hacen lo mismo con los diferentes esquemas regulatorios a nivel internacional, bien sean de carácter privado, público o mixto. Es importante señalar la relevancia de atacar todos los frentes, debido a que ninguna regulación, por sí sola, es capaz de cerrar la brecha normativa existente.

Por lo tanto, se ha evidenciado que es necesaria una aproximación más comprensiva, que integre todos los puntos de vista, con un rol activo de la sociedad civil, pero con un adecuado seguimiento, evaluación e implementación, por parte de los gobiernos y las organizaciones internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abbott, K. W., & Snidal, D. (2000). Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*, 54(3), 421-456.
2. Albin-Lackey, C. (2013). Without Rules: A Failed Approach to Corporate Accountability. En H. R. Watch, *World Report 2013* (págs. 29-40).
3. Anghie, A., & Chimni, B. (2003). Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in International Conflicts. *Chinese Journal of International Law*.
4. Anheier, H., & Themuda, N. (2001). Organizational Forms of Global Civil Society: Implications of Going Global. En *Global Civil Society* (págs. 191-216). Oxford: Oxford University Press.
5. Anheier, H., Glasius, M., & Kaldor, M. (2001). Introducing Global Civil Society. En *Global Civil Society* (págs. 3-22). Oxford: Oxford University Press.
6. Asamblea General Naciones Unidas. (2012). Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción de empresas y los derechos humanos y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos., (pág. 21).
7. Beck, U. (2004). *Poder y Contrapoder en la Era Global*. Barcelona: Paidós.

8. Castells, M. (2008). The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance. *The Annals of the American Academy of Political Science*, 78-93.
9. Consejo de Derechos Humanos ONU. (2014). Resolución 26/9 Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos., (pág. 3).
10. Fassin, Y. (12 de 2009). Inconsistencies in Activists' Behaviours and the Ethics of NGOs. *Journal of Business Ethics*, 90, 503-521.
11. Gathii, J. T. (2011). A Brief History of Its Origins, Its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography. *Trade, Law and Development*, 3(26), 26-64.
12. Kaldor, M. (2003). The Idea of Global Civil Society. *International Affairs*, 79(3), 583-593.
13. Kamminga, M. T. (2005). The Evolving Status of NGOs under International Law: A Threat to the Inter-State System? En P. Alston, *Non-State Actors and Human Rights* (págs. 93-111).
14. Karns, M. P., & Mingst, K. A. (2010). *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance* (II ed.).
15. Keck, M. E., & Sikkink, K. (1999). Transnational Advocacy Networks in International and Regional Politics. *UNESCO*(159), 89-101.
16. Kinley, D. (2007). *Commerce and Human Rights*.

17. Kumar, K. (2007). Global Civil Society. 413-434.
18. Marshall, A., Telofski, R., Ojiako, U., & Chipulu, M. (Junio de 2012). An Examination of 'Irregular Competition' between Corporations and NGOs. . *Voluntas: International Journal of Voluntary & Nonprofit Organizations*, 23(2), p371-391. 21p.
19. Martin-Ortega, O. (2008). Deadly Ventures? Multinational Corporations and Paramilitaries in Colombia. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*(16).
20. McCorquodale, R., & Simons, P. (2007). Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law. *The Modern Law Review Limited*, 598-625.
21. Muchlinski, P. (2011). Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World. En J. E. Alvarez, *The Evolving International Investment Regime. Expectations, Realities, Options*. Oxford University Press.
22. Muchlinski, P. (2012). Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation. *Business Ethics Quarterly*, 145-177.
23. Muchlinski, P. T. (2008). Corporate Social Responsibility. En P. T. Muchlinski, F. Ortino, C. Shreuer, P. T. Muchlinski, F. Ortino, & C. Shreuer (Edits.), *International Investment Law* (págs. 637-687). New York, New York, United States: Oxford University Press.

24. OECD. (2011). *Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales*. OECD Publishing.
25. Oxford University Press. (2014). *Oxford Dictionaries*. Retrieved 2014 йил 4-septiembre from http://www.oxforddictionaries.com/es/definicion/ingles_americano/
26. Palazzo, G., & Sherer, A. G. (June de 2011). The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy. *Journal of Management Studies*, 48(4), 900-931.
27. Pogge, T. (2005). Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor. *Leiden Journal of International Law*, 18, 717-745.
28. Rajagopal, B. (2005). Recodificando la resistencia: los movimientos sociales y el desafío al Derecho Internacional. En B. Rajagopal, *El Derecho Internacional Dede Abajo* (págs. 270-310). Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
29. Raustalia, K. (1997). States, NGOs, and International Environmental Institutions. *International Studies Quaterli*, 719-740.
30. Ruggie, J. G. (2004). Reconstructing the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices. *European Journal of International Relations*, 10(4), 499-531.
31. Ruggie, J. G. (2013). *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (I ed.). New York, New York, United States of America: W.W. Norton & Company Inc.
32. Sholte, J. A. (2000). Global Civil Society. En N. Woods, *The Political Economy of Globalization* (págs. 237-246). Londres: Macmillan.

33. Simons, P. (March de 2012). International Law's invisible hand and the future of corporate accountability for violations of Human Rights. *Journal of Human Rights and the Environment*, 3(1), 5-43.
34. Slaughter, A.-M. (2002). Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System. In Y. Dezalay, & B. G. Garth, *Global Legal Prescriptions: The Production and Exportation of a New State Orthodoxy*. The University of Michigan Press.
35. Slaughter, A.-M. (2004). The Global Governance Crisis. *The InterDependent*, 32-33.
36. Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment* (III ed.). Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
37. Spiro, P. (2013). Constraining Global Corporate Power: A Short Introduction. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1101-1118.
38. Spiro, P. J. (2013). Nongovernmental Organizations in International Relations (Theory). En P. J. Spiro, J. L. Dunoff, & M. A. Pollack (Edits.), *Interdisciplinary Perspectives of International Law and International Relations: The State of Art*. Cambridge.
39. Steinhardt, R. G. (2005). Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria. En P. Alston (Ed.), *Non-State Actors and Human Rights* (págs. 177-225). Oxford: Oxford University Press.
40. *The Public Eye Awards*. (2014). Recuperado el 4 de 6 de 2014, de <http://publiceye.ch/es/acerca-de-los-public-eye-awards/>

41. Tribunal Permanente de los Pueblos. (2014). *Tribunal Permanente de los Pueblos Sesión obre la Industria Minera Canadiense*. Obtenido de <http://www.tppcanada.org/a-propos-du-tpp/le-tribunal-permanent-des-peuples/?lang=es>
42. UN Global Compact. (2014). *UN Global Compact*. Recuperado el 7 de septiembre de 2014, de https://www.unglobalcompact.org/languages/spanish/los_diez_principios.html
43. Van den Bossche, P. (2008). *The Law and Policy of the Worls Trade Organization Text, Cases and Materials*. Cambridge University Press.
44. von Bogdandy, A. (2008). General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field. *German Law Journal*, 9(11), 1909-1939.
45. Wells, C., & Elias, J. (2005). Catching the Conscience of the King: Coporate Players on the International Stage. En *Non-State Actors and Human Rights* (págs. 141-175).
46. Woodward, B. (2006). Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues. *International Community Law Review*, 247-355.