
Las relaciones entre el Derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas*

Carmen MÁRQUEZ CARRASCO

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla

carmen.marquez.carrasco@gmail.com

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DERECHOS HUMANOS Y CONDUCTA EMPRESARIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PROCESOS DE CREACIÓN Y DESARROLLO NORMATIVO. 2.1. La influencia recíproca entre el Derecho Internacional y la práctica nacional. 2.2. Los tribunales nacionales como intérpretes del Derecho Internacional. 3. LA DICOTOMÍA SOBRE EL *HARD LAW* Y EL *SOFT LAW* EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS. 3.1. El proceso del tratado internacional sobre derechos humanos y empresas en clave de Derecho Internacional: perspectivas de futuro. 4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En estudios previos que hemos publicado sobre la materia de los derechos humanos y la responsabilidad empresarial hemos venido señalando que la implementación de los *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos* tiene relevancia para el Derecho Internacional Público, en particular, en relación con cuestiones que inciden en la importancia del fenómeno de Organización Internacional y su papel en la regulación de los intereses generales de la comunidad internacional; el papel de los actores no estatales en relación con instituciones generales del ordenamiento jurídico internacional (sujetividad¹, proceso de creación de normas y obligaciones ju-

* El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Gobernanza y Aplicación de la Responsabilidad Social Empresarial en la Unión Europea» (DER2017-85834-R), y de la Red temática de excelencia «La Unión Europea y los actores no estatales» (DER2015-68728-REDT), ambos proyectos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España y del Grupo de Investigación SEJ055 «Nuevos sujetos, nuevos derechos, nuevas responsabilidades: derechos humanos en la sociedad global».

¹ BERMEJO GARCÍA, R., «Las empresas transnacionales como actores y sujetos potenciales en la sociedad internacional», en BARRANCO, C., CELADOR, O. y VACAS FERNÁNDEZ, F. (coords.), *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*, col. «Peces-Barba», n.º 2, Departamento de Derecho internacional, filosofía y eclesástico, UC3M, 2012, pp. 89-116.

rídicas, responsabilidad) o bien con relación a la interacción de sectores específicos como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario².

En el presente trabajo se aborda específicamente la interacción entre el *soft law* y el *hard law* en la relación del Derecho Internacional con la práctica interna a propósito de la cuestión relativa a cómo regular en materia de derechos humanos y empresas³. Dicho ámbito material se encuentra en unos límites difusos: «en los límites del Derecho público y privado; del Derecho nacional e internacional; del *hard law* y del *soft law*, y de lo que es normativo y no-normativo»⁴, o como más gráficamente lo ha denominado Fernández Liesa, «en un peregrinaje del *soft law* al *hard law*⁵. Esta materia representa una zona gris que brinda una amplia oportunidad para la interpretación y el desarrollo jurídicos. La materia de «derechos humanos y empresas» también muestra las diferencias entre las culturas y las tradiciones jurídicas –particularmente entre Derecho continental y el *common law*–, y evidencia no sólo cómo (a veces) el Derecho Internacional condiciona o modifica el razonamiento jurídico y el desarrollo jurídico en el ordenamiento nacional, sino también cómo las jurisdicciones nacionales pueden ser a su vez catalizadores para el desarrollo normativo del Derecho Internacional. Ello se puede observar claramente tanto en las complejidades y posibilidades del proceso que llevó en la ONU a la adopción consensuada de los *Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos* en 2011 (por diferentes grupos de interés), como el proceso actual de elaboración de un tratado multilateral en la materia⁶.

² MÁRQUEZ CARRASCO, C., *España y la implementación de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Huygens, Barcelona, 2014; «La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por medio de los Planes Nacionales de Acción», *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, n.º 20, 2015, pp. 55-87, en p. 58, «Perspectivas regionales en torno a la agenda internacional sobre empresas y derechos humanos: las posiciones de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos», *Anuario de los Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, 2017, pp. 215-246, en p. 216.

³ Sobre la naturaleza del *soft law* y sus efectos véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho Internacional Público*, Trotta, 1995, 617-619; sobre el fenómeno del *soft law* y los modos de producción normativa del Derecho Internacional véanse MAZUELOS BELLIDO, A., «*Soft law*: ¿muchos ruidos y pocas nueces?», *REEL*, 2004, n.º 8, pp. 1-40; DEL TORO HUERTA, M.L., «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho internacional», *AMDI*, vol. 6, 2006, pp. 513-549.

⁴ CANTÚ RIVERA, H., «From International to Domestic and Viceversa in the Field of Business and Human Rights», *ARACÊ / Direitos Humanos em Revista*, año 2, n.º 3, septiembre 2015, pp. 135-161, en p. 135.

⁵ FERNÁNDEZ LIESA, C., «Transformaciones del Derecho Internacional por los Objetivos de Desarrollo Sostenible», *ADI*, 2016, pp. 49-81, p. 73.

⁶ CANTÚ RIVERA, H., «From International...», *op. cit.*, p. 135.

Como ha señalado Cantú, en el proceso de creación y aplicación de obligaciones jurídicas puede observarse que el Derecho Internacional en términos generales, y específicamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), responde a un esquema bidireccional: por un lado, un enfoque descendente por medio del cual los tratados internacionales imponen a los Estados las obligaciones jurídico-internacionales que formulan y que comprometen a los Estados parte a darles aplicación a través de su ordenamiento nacional, y de otro, un enfoque ascendente que contribuye a que una práctica reiterada de ciertos estándares por diferentes Estados se convierta en una obligación jurídica en el plano internacional⁷.

El polarizado campo de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas puede beneficiarse con este doble enfoque ya que, de lograrse, el establecimiento de obligaciones jurídicas de naturaleza convencional para Estados y empresas progresará si se ve acompañado de un enfoque ascendente que se nutra de la práctica reiterada y general de ciertos estándares por los Estados que refuerce la convicción de que las empresas tienen responsabilidades jurídicas con respecto a los derechos humanos. Por tanto, como se ha apuntado, «el desarrollo de la práctica de los Estados basada en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos es uno de los aspectos más importantes que necesitan ser tomados en consideración para asegurar la protección efectiva de los derechos humanos»⁸.

En este trabajo permite hacer una lectura sobre las áreas grises en las que convergen la regulación internacional y reglamentaciones nacionales, que puede permitir anticipar una perspectiva acerca de cómo evolucionará el desarrollo del Derecho y las relaciones internacionales en el siglo XXI, fase actual de evolución del Derecho Internacional Público, en la que el modelo centrado en el Estado puede estar alcanzando un punto de inflexión y donde la presencia, influencia y poder de sujetos no tradicionales (o participantes) –no estatales– del orden internacional se ha convertido no sólo en aparente, sino que se ha hecho innegable.

La estructura de este capítulo comprende dos partes. En la primera parte se analiza la cuestión de los derechos humanos y la conducta de las empresas desde la perspectiva de la creación y desarrollo normativo. En este sentido, se aborda la influencia recíproca que existe entre el Derecho Internacional y la práctica nacional, principalmente la desarrollada por los órganos políticos del

⁷ *Ibid.*, p. 136.

⁸ *Ibidem.*

Estado; asimismo se examinará el papel de los tribunales nacionales como intérpretes del Derecho Internacional. La segunda parte del estudio versa sobre la dicotomía existente entre la adopción del Derecho positivo y el Derecho blando o *soft law*. En esta parte se analizan algunas de las ventajas y desafíos que conlleva la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos.

En suma, en este trabajo se sostiene que la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno, y entre los efectos del *soft law* y *hard law* permiten el desarrollo de normas jurídicas que, si se construyen correctamente, pueden allanar el camino para una protección eficaz de los derechos humanos frente a la actividad empresarial.

2. DERECHOS HUMANOS Y CONDUCTA EMPRESARIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PROCESOS DE CREACIÓN Y DESARROLLO NORMATIVO

Como ha indicado Martín-Ortega, desde hace más de cuatro décadas se viene debatiendo en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y más recientemente en otros foros internacionales (tales como la Organización Internacional del Trabajo [OIT], la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico [OCDE]), así como en el marco de las competencias de Organizaciones internacionales regionales, en particular en la Unión Europea (UE), sobre la regulación internacional de las empresas, en particular de las empresas multinacionales o transnacionales, debido al impacto de sus actividades en numerosos ámbitos, desde el medio ambiente a la corrupción, y muy especialmente por sus efectos adversos sobre los derechos humanos⁹.

Se han desarrollado varias iniciativas para tratar de regular y controlar la conducta empresarial, mientras que otros esfuerzos se han centrado en el desarrollo de una cultura corporativa responsable¹⁰. Es en este último ámbito en el que se han producido algunos avances. Las más notoria de estas iniciativas constituye la adopción en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) de los *Principios Rectores sobre empresas y derechos hu-*

⁹ MARTÍN ORTEGA, O., *Empresas multinacionales y derechos humanos en Derecho Internacional*, Bosch, 2008, p. 12.

¹⁰ Sobre los hitos de la evolución de los marcos regulatorios sobre empresas y derechos humanos véase MÁRQUEZ CARRASCO, C., «La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por medio de los Planes Nacionales de Acción», *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, n.º 20, 2015, pp. 55-87, en pp. 59-65.

manos (PR/UNGP) contenidos en la Resolución A/HR/17/31¹¹ a partir de la propuesta del antiguo Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, el Prof. John G. Ruggie.¹²

Los Principios Rectores constituyen el instrumento de implementación del Marco, asimismo adoptado bajo propuesta de Ruggie, basado en un esquema de tres pilares: el deber del Estado de *proteger* los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de *respetar* y el deber de *remediar*, incluyendo el derecho de las víctimas de acceso a la justicia¹³. A pesar de las críticas de las organizaciones no gubernamentales, existe un amplio consenso desde 2011 sobre el hecho de que son una plataforma de partida desde donde la cuestión que tratamos puede ser abordada y desarrollada, con el apoyo especialmente de otros programas y agencias de la ONU, por diversas organizaciones intergubernamentales como la OCDE –como ha ocurrido con la actualización de 2011 de las Directrices para Empresas Multinacionales–, o por organizaciones regionales como la UE o la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹⁴.

Una nota común a estas iniciativas ha sido el hecho de que la mayoría de ellas han sido adoptadas en el plano internacional. Sin embargo, dada la ausencia de un tratado internacional que imponga obligaciones vinculantes a los Estados, la mayoría de ellas han quedado confiadas a la discreción y voluntad de los Estados de adoptar medidas en sus respectivas esferas nacionales para dar cumplimiento a los compromisos políticos asumidos a nivel intergubernamental.

En este punto, la cuestión fundamental puede explicitarse en los siguientes interrogantes: ¿cómo afectan los instrumentos internacionales al comportamiento y normatividad interna de los Estados, por un lado? ¿Y cómo las decisiones internas de los gobiernos afectan a la normas ampliamente adop-

¹¹ Véase en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf [consultado: 03/09/2014]

¹² Sobre los Principios Rectores véase MARES, R. (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Foundations and implementation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012.

¹³ Sobre el Marco *Proteger, Respetar, Remediar* véase BUHMANN, K., «The ‘UN Framework Protect, Respect, Remedy’: Explaining the Consensus-Based Construction of Business Responsibilities for Human Rights», *International Law Research*, vol. 1, n.º 1, 2012, 19 pp.

¹⁴ Sobre los desarrollos en estas dos últimas, véase MÁRQUEZ CARRASCO, C., «Perspectivas regionales en torno a la agenda internacional sobre empresas y derechos humanos: las posiciones de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos», *Anuario de los Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, 2017, pp. 215-246.

tadas, pero que carecen de naturaleza jurídicamente vinculante para sus principales destinatarios, las empresas?¹⁵ Es posible señalar que, en cierta medida, hay una influencia recíproca entre el Derecho Internacional y la legislación nacional en una vía bidireccional, en la que el primero encuentra su camino en las políticas públicas y las legislaciones nacionales, que pueden constituir o representar una manifestación de la práctica de los Estados de conformidad con el Derecho Internacional. Un papel diferente se asigna a las jurisdicciones nacionales, ya que en algunos casos pueden actuar como intérpretes del Derecho Internacional, y por lo tanto contribuyen directamente a –y potencialmente pueden afectar– el estado de un conjunto definido de normas internacionales.

2.1. *La influencia recíproca entre el Derecho Internacional y la práctica nacional*

El Derecho Internacional y las normas jurídicas internas tienden a influirse recíprocamente. Así como en muchos contextos el Derecho Internacional puede afectar las disposiciones jurídicas y la práctica en el orden interno, e incluso determinar qué tipo de conducta se espera de un Estado dentro de su jurisdicción, la práctica que se desarrolla en el ámbito nacional puede servir para reforzar el estatuto de una norma internacional, particularmente cuando se trata de normas consuetudinarias.

Se trata de un enfoque por medio del cual ambos conjuntos de normas se nutren mutuamente, y mutuamente se proporcionan una base de legitimidad tanto en el ámbito nacional como internacional. Por lo tanto, este enfoque abarca una vía descendente, por un lado de arriba a abajo, y un escenario ascendente, de abajo hacia arriba, por otro lado, por medio del cual las normas y estándares de diferentes regímenes pueden desarrollar su naturaleza jurídica –sin carácter vinculante– dentro de una jurisdicción específica, así como un reconocimiento general de su estatuto normativo¹⁶.

El primero de estos dos enfoques, la perspectiva descendente –de arriba hacia abajo– parece el método más común en la práctica del Derecho Internacional actual: cuando un Estado ratifica o se adhiere a un tratado internacional, se obliga a garantizar la aplicación –coherente– de las normas internacionales

¹⁵ CANTÚ RIVERA, H., «From International...», *op. cit.*, pp. 135-161, p. 139.

¹⁶ *Ibid.*, p. 138.

dentro de su jurisdicción. Particularmente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este deber está incluido en la mayoría de los instrumentos de ámbito universal y regional, e implica una obligación del Estado de adaptar su política y legislación nacionales al contenido y alcance de las normas internacionales sobre derechos humanos.

Dicha obligación está incluida en los nueve tratados fundamentales de derechos humanos adoptados en el seno de las Naciones Unidas, aunque su formulación difiere según el instrumento convencional¹⁷. En todo caso, en el contexto de los tratados de derechos humanos se trata de una obligación reconocida para el Estado adherente o parte de dichos instrumentos de asegurar la aplicación de los derechos contenidos en las disposiciones internacionales por medio de medidas legislativas y de otra índole, así como asegurar su justiciabilidad en el ámbito interno.

No obstante, en el campo sobre derechos humanos y empresas, este método tradicional se enfrenta a varias dificultades «técnicas» que derivan directamente de la naturaleza del instrumento que contiene los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos. Ello se debe a que los Principios Rectores constituyen un conjunto de recomendaciones o directrices políticas aprobadas por las Naciones Unidas, cuya implementación por parte de Estados y las empresas se considera en gran medida voluntaria, y sólo algunas de sus disposiciones pueden ser claramente reconocidas como obligaciones jurídicas. Sin embargo, una advertencia que debe tenerse en cuenta antes de descartar completamente los Principios Rectores de la ONU como instrumento desprovisto de cualquier valor o significado jurídico se puede encontrar en algunas figuras clásicas entre las fuentes del Derecho internacional público, especialmente en relación con los actos unilaterales¹⁸ y la formación

¹⁷ Este tipo de disposiciones son las siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.2; Convención Internacional Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, art. 2.1.c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Derechos, art. 2.1; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 2.b; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 2.1; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, art. 84; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, arts., 3 y 4; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 4.a y 8; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2; Convención Europea de Derechos Humanos, art. 1; Convención Africana sobre derechos humanos y los Derechos de los Pueblos, art. 1.

¹⁸ TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados: un análisis a la luz de la práctica estatal y de la labor de la Comisión de Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 2010.

de normas consuetudinarias internacionales¹⁹, así como en la influencia del fenómeno de Organización Internacional en la cristalización de prácticas generalmente aceptadas como Derecho²⁰.

En cuanto a los actos unilaterales, el hecho de que los Principios Rectores hayan sido unánimemente respaldados por los Estados miembros ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011 podría interpretarse como que cada Estado, a través de su voto, expresó su conformidad y aceptación del contenido del informe final de Ruggie, y por lo tanto, de su compromiso con tales principios²¹. Así, estos actos unilaterales por los miembros del Consejo de Derechos Humanos pueden constituir un importante precedente que refleje la *opinio iuris* común, representativa de las diversas tradiciones jurídicas, que puede encontrarse en la fase inicial de desarrollo de una norma consuetudinaria de Derecho Internacional sobre los tres pilares del Marco de empresas y derechos humanos. Además, el hecho de que varios Estados así como Organizaciones Internacionales hayan decidido desarrollar Planes de Acción Nacionales a fin de implementar los Principios Rectores en el ámbito interno parece reflejar la voluntad de asegurar su aplicación efectiva mediante legislación nacional o mediante la adopción de políticas públicas, a fin de hacerlos realmente operativos²².

En este sentido, la *opinio iuris* general expresada en 2011 ante el Consejo de Derechos Humanos por sus Estados miembros ha sido relativamente seguida por Organizaciones regionales y por la práctica de los Estados, lo que puede evidenciar la cristalización gradual de una regla consuetudinaria que reconoce no sólo la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos frente a la actividad empresarial y el deber de proveer remedios efectivos a las víctimas de abusos por parte de actores no estatales, sino también de la existencia de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Los Principios Rectores son a este respecto un ejemplo

¹⁹ Sobre la función importante que desempeñan los actos unilaterales en la formación de la costumbre internacional, véase CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 95.

²⁰ *Ibid.*, p. 89.

²¹ El voto por los Estados de resoluciones de organizaciones internacionales fue interpretado por DUPUY, R.J. como un acuerdo en forma simplificada. Véase «Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la 'soft law'», *Société Française de Droit International*, 1974, pp. 132-148, en p. 141, en <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/SFDIDRoit-d%C3%A9claratoire.pdf> [consultado: 19/01/2018].

²² MÁRQUEZ CARRASCO, C. y VIVAS TESÓN, I. (coord.), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Thomson-Aranzadi 2017.

de instrumento formalmente no vinculante adoptado en el plano internacional que dirige la práctica estatal en una dirección determinada, y que refleja la tradicional perspectiva descendente del Derecho Internacional en la aplicación de sus normas.

Aunque los Principios Rectores no son un Código de Conducta, como aquéllos que fueron adoptados para Empresas Multinacionales», sirva a este respecto *mutatis mutandis* la siguiente afirmación del Prof. Carrillo Salcedo: «Cuando los Estados aceptan estos Códigos de Conducta, los hacen objeto de su consenso general y se transforman entonces en normas jurídicas internacionales, aunque su expresión y forma técnica no sea ninguna de las tradicionales (tratado o costumbre). *En definitiva, es el consenso general de los Estados lo que cuenta, cualquiera que sea la forma o procedimiento técnico mediante el que dicho consenso se manifieste y exprese*»²³.

Desde otra perspectiva, el enfoque ascendente también puede influir desarrollos internacionales, e incluso reforzar el estatuto normativo de las normas de *soft law*, en este caso los Principios Rectores. Un ejemplo concreto que podemos mencionar es la práctica de los Estados en el ámbito nacional que implica el reconocimiento de una *opinio iuris* que puede tener un efecto en el eventual desarrollo de una regla consuetudinaria. A este respecto, es importante diferenciar entre los distintos tipos de prácticas de los Estados que pueden conducir a tal desarrollo. En gran medida, los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen disposiciones destinadas principalmente a adaptar el ordenamiento jurídico interno por medio de la adopción de legislación, y por medio de «otras medidas» según corresponda.

Las principales medidas adoptadas por los Estados en el ámbito de los derechos humanos se relacionan con la actividad legislativa y sólo en cierta medida con el desarrollo de políticas públicas que derivan principalmente de la actividad de los órganos ejecutivos de los Estados. La actividad legislativa, por un lado, es la más eficaz desde un punto de vista formal para garantizar la uniformidad entre los regímenes nacionales y las normas internacionales, y sirve para perfeccionar aún más las disposiciones de un instrumento de derechos humanos respecto del que surten efecto. Mediante la conformidad entre disposiciones de estas dos dimensiones diferentes se puede alcanzar la coherencia jurídica y, por lo tanto, constituyen un paso necesario para formalizar estándares jurídicos. La acción legislativa puede contribuir a lograr una eficaz aplicación de las normas nacionales que cumplan con las normas de Derecho

²³ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 90.

Internacional de los Derechos Humanos, en atención a la relativa permanencia y la estabilidad de la ley.

Como ejemplo del enfoque ascendente se pueden indicar la *Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall-Street y Protección del Consumidor*, de 21 de julio de 2010, de los Estados Unidos de América²⁴, en particular su sección 1502 sobre diligencia debida en relación con los minerales de conflicto²⁵, y el Reglamento 2017/821 del Parlamento y el Consejo (sobre «minerales de conflicto»), de 17 de mayo de 2017²⁶, que introducen en sus ámbitos jurídicos la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos y las evaluaciones de impacto de conformidad con los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos.

Ambos ejemplos reflejan el «endurecimiento» en el plano nacional de una norma blanda de Derecho Internacional en relación con la debida diligencia de derechos humanos sobre la importación de los llamados «minerales de sangre» o «minerales de conflicto», que dada la ausencia de una obligación internacional de aplicar esas normas nacionalmente, podría interpretarse como el desarrollo de una *opinio juris* sobre la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos. En la misma línea, sobre todo por parte de países miembros de la UE se está produciendo la adopción de medidas legislativas nacionales en materia de empresas y derechos humanos, tales como leyes relativas al trabajo forzado, o más en general, la violación de los derechos de los trabajadores²⁷.

²⁴ El texto completo de la Ley Dodd-Frank está accesible en <http://www.cftc.gov/LawRegulation/DoddFrankAct/index.htm> [consultado: 10/10/2017].

²⁵ La sección 1502 de la ley Dodd-Frank de 2010, establece que la SEC (sigla de *Securities and Exchange Commission* / Comisión de Valores de Estados Unidos) debe promulgar normas requiriendo que los emisores para quienes los minerales conflictivos resulten necesarios para la funcionalidad o manufactura de un producto que fabriquen revelen anualmente si alguno de dichos minerales procede de la República Democrática del Congo (en adelante RDC) o de algún país limítrofe. La disposición de la SEC de 2012 estableció que se debería presentar a la Comisión un informe con la descripción de los productos fabricados o cuya fabricación hubiera sido contratada que no sean «libres de conflicto RDC, las instalaciones en las que se procesaron los minerales conflictivos, el país de origen de los mismos y los esfuerzos encarados para determinar la mina o la locación de origen. Esta información debería estar a disposición del público en general en la página web del emisor. El informe, en caso de corresponder su presentación, debía incluir también la descripción de las medidas adoptadas para ejercer la diligencia debida sobre las fuentes y la cadena de suministro de dichos minerales conflictivos y ser sometido a una auditoría privada independiente realizada de acuerdo con las normas establecidas por el *Comptroller* General de Estados Unidos.

²⁶ El Reglamento 2017/821 publicado en el DOUE está accesible en <https://www.boe.es/doue/2017/130/L00001-00020.pdf> [consultado: 27/08/2017]

²⁷ En tal sentido destaca la Ley sobre la esclavitud moderna del Reino Unido, adoptada en 2015. Véase en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/pdfs/ukpga_20150030_en.pdf [consultado: 12/01/2018].

Por otro lado, el diseño de Planes de Acción Nacionales sobre la aplicación del Marco Ruggie constituye un desarrollo de políticas públicas que puede generar un avance importante que podría contribuir no sólo al esfuerzo gubernamental efectivo y coordinado en el ámbito doméstico –que es imprescindible para conducir a la coherencia política–, sino también a la creación de un *momentum* que podría potencialmente favorecer el fortalecimiento de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos en virtud del Derecho Internacional²⁸.

Las políticas públicas pueden ser consideradas dentro de la cláusula de «otras medidas» en los instrumentos de derechos humanos, pueden ser complementos poderosos de la legislación nacional, si incluyen programas para mejorar la concienciación y la aplicación del marco *proteger, respetar, remediar*, en particular aquellos aspectos relacionados con la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos²⁹.

Considerando el número de Estados que han desarrollado o están trabajando actualmente en la elaboración de un Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos, o que incluyan las cuestiones empresariales y de derechos humanos dentro de proyectos de políticas públicas más amplios, queda al menos claro en parte que el enfoque ascendente continuará contribuyendo al progreso de estas normas de *soft law* a nivel internacional, y que ello conduce a confirmar la influencia recíproca entre el Derecho Internacional y la práctica nacional.

2.2. *Los tribunales nacionales como intérpretes del Derecho Internacional*

Los tribunales nacionales desempeñan un importante papel en la interpretación y el desarrollo del Derecho Internacional³⁰. Por medio del análisis de las controversias que contienen elementos internacionales o se basan en

²⁸ Para un análisis de los Planes adoptados en el contexto europeo, véase MÁRQUEZ CARRASCO, C., «Los Planes Nacionales de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos de los Estados miembros de la Unión Europea». Especial referencia al Plan español», en MÁRQUEZ CARRASCO, C. y VIVAS TESÓN, I. (coord.), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Thomson-Aranzadi 2017, pp. 81-104.

²⁹ VÁZQUEZ, D. y DELAPLACE, D., «Public Policies from a Human Rights Perspective: A Developing Field», *SUR-International Journal on Human Rights*, n.º 14, 2011, p. 37.

³⁰ Sobre la función judicial de los tribunales nacionales en el Derecho Internacional TZANAKOPOULOS, A., «Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, pp. 133-168.

normas y estándares internacionales, suelen ser las instancias iniciales en las que tiene lugar el desarrollo normativo. Su papel en el control de la conformidad de los actos de las ramas políticas del gobierno (el Poder Ejecutivo y Poder legislativo) con las normas nacionales e internacionales puede representar manifestación de la práctica de los Estados, y contribuir también –a través de su jurisprudencia interna– a la clarificación y perfeccionamiento del Derecho Internacional.

No es pues sorprendente que varios casos en materia de empresas y de derechos humanos hayan estado a la vanguardia de los procedimientos internos en varias jurisdicciones del mundo. Sin embargo, hay que señalar las disimilitudes en los enfoques seguidos en dichos casos, y puede ser un reflejo de la disparidad de las posiciones de los diferentes órganos judiciales en relación con estas cuestiones, y además suelen reflejar la postura de sus gobiernos en relación con el tema de empresas y derechos humanos. Partiendo de esta consideración, vamos a señalar brevemente el impacto que los casos en los Estados Unidos y Francia han tenido en sus propias jurisdicciones y el efecto que pueden tener en la agenda internacional sobre este tema.

Los casos más conocidos que involucran a empresas y violaciones de derechos humanos han sido presentados ante el sistema judicial estadounidense. Durante muchos años, la *Alien Tort Statute* (ATS) de 1789 ha servido como un instrumento nacional sin precedentes, al permitir a los tribunales norteamericanos afirmar la jurisdicción universal civil sobre las reclamaciones transnacionales presentadas por extranjeros sobre la base de la violación del *law of nations*, un ambiguo concepto mejor representado por el Derecho internacional consuetudinario en tiempos modernos³¹.

Sin embargo, en dos opiniones recientes el Tribunal Supremo ha reducido su alcance, la famosa *Kiobel*³² y *Daimler AG*. En la primera, la Corte determinó que si una ley no tiene un indicación explícita de aplicación extraterritorial, no se aplica fuera de la jurisdicción de los Estados Unidos o donde el vínculo o nexo jurisdiccional es débil. De esta forma se limitaba la posibilidad de que los extranjeros presentaran una reclamación en virtud del ATS, a menos que el caso tuviese fuerza suficiente para superar el umbral de la extraterritorialidad.

³¹ Sobre el ATS y la práctica judicial norteamericana, REQUEJO ISIDRO, M., «La responsabilidad de las empresas por violaciones de los derechos humanos: deficiencias del marco legal», *Scientia Juris*, 2011, pp. 11-44.

³² *Kiobel et al. v Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 US (2013), accesible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/10-1491> [consultado: 15/01/2018].

En la segunda, *Daimler AG v. Bauman et al.* (re Argentina)³³, la Corte refinó aún más –aunque mínimamente– su opinión de *Kiobel*, afirmando que una corporación sólo puede ser demandada regularmente en su lugar de incorporación o en el lugar donde tiene su principal centro de actividad, reduciendo efectivamente la posibilidad de reclamaciones contra corporaciones extranjeras a aquellos casos en los que la conducta corporativa haya tenido lugar en el territorio de los Estados Unidos. En principio, esta posición dejaría abierta la puerta a los casos en los que las empresas involucradas sean norteamericanas, o cuando la conducta ilícita de corporaciones nacionales o extranjeras haya tenido lugar en territorio de los Estados Unidos. Actualmente, el estado de la cuestión de la admisibilidad de las alegaciones relativas a la participación en violaciones graves de derechos humanos, habida cuenta de dos sentencias contradictorias que afectan a empresas norteamericanas que operan en el extranjero, gira en torno a la cuestión de si toda conducta corporativa que se lleva a cabo fuera del territorio de Estados Unidos está más allá del alcance de la jurisdicción norteamericana con independencia de la nacionalidad del presunto perpetrador³⁴.

De estos casos se puede inferir que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y otros tribunales inferiores han participado en la interpretación del Derecho Internacional para aplicarlo a los casos que se formulen en virtud de leyes nacionales. La mayoría de ellos también han debatido si deberían actuar como foros para enjuiciar reclamaciones basadas en el Derecho Internacional, e incluso si el Derecho Internacional les permite desempeñar dicha función.

Ello no debe sorprender a la vista de la posición particular de los Estados Unidos en relación con el Derecho Internacional; sin embargo, su razonamiento en la resolución de las reclamaciones ante ellos ha sido problemática para la agenda sobre empresas y derechos humanos, y para el movimiento de los derechos humanos en general. El aumento de los requisitos para analizar el fondo de una demanda presentada bajo el ATS ha limitado la posibilidad de ofrecer recursos efectivos a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos; y mientras que la presunción de inocencia se aplica igualmente a las

³³ *Daimler AG v. Bauman et al.* Véase en https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/11-965_1qm2.pdf [consultado: 15/01/2018].

³⁴ *Cardona et al. V. Chiquita Brands Int*, véase en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/12-14898/12-14898-2014-07-24.html> [consultado: 15/01/2018]; *Al SHimari et al v. Caci Premier Technology*, véase en <http://apps.americanbar.org/ababoard/blog/blogpost.cfm?catid=14913&threadid=33524> [consultado: 16/01/2018].

corporaciones y a las personas físicas, ha sido relativamente claro que los tribunales son reacios a garantizar el derecho de las víctimas a un remedio en casos en que corporaciones nacionales o extranjeras pueden ser llamadas a rendir cuentas, y prefieren escudarse citando razones de ‘política exterior’.

Esto ha tenido un doble efecto en la agenda internacional: la tendencia ha pasado de la litigación a fomentar la prevención, principalmente para las corporaciones, pero también para los Estados; y ha conducido a las víctimas de abusos de los derechos humanos a buscar la reparación en los países de origen de las empresas transnacionales.

Otra ejemplo importante que debe ser considerado es el sistema francés. Dada su larga tradición en materia de Derecho Internacional y arreglo de controversias, destaca un caso reciente argumentado sobre la base de un acuerdo internacional, el Derecho Internacional Humanitario y las normas consuetudinarias internacionales.

En *Jerusalem Tramway*, el Tribunal de Apelaciones de Versalles determinó que los tratados internacionales que codifican las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario no son aplicables a los sujetos privados (tales como los demandados en el caso) ni tienen ningún efecto directo sobre ellos, porque no han firmado ni ratificado los Convenios de Ginebra; lo mismo se sostuvo en relación con las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario invocadas en el caso³⁵. Además, el Tribunal de Apelaciones declaró que los instrumentos de responsabilidad social de las empresas (como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas) no son jurídicamente vinculantes, sino que se trata más bien de expresiones de aspiraciones morales. Evidentemente, este caso conduce a plantear la cuestión de la personalidad jurídica internacional de las empresas y plantear este debate, una pregunta que se había analizado en *Kiobel* durante su instancia ante el Tribunal del Segundo Circuito de Apelaciones, y que había llegado a la misma conclusión: en virtud del Derecho Internacional consuetudinario, no se han reconocido la personalidad jurídica internacional. Sin embargo, el Tribunal no llegó a tomar en consideración los desarrollos recientes en relación con la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, en particular en el plano nivel intergubernamental del que Francia ha sido un fuerte partidario.

Esta importante sentencia muestra las dificultades para lograr la rendición de cuentas por parte de las empresas y que se ponga en práctica su responsabi-

³⁵ El caso y las decisiones judiciales en las diferentes instancias pueden consultarse en <https://business-humanrights.org/en/veolia-alstom-lawsuit-re-jerusalem-rail-project>.

lidad por violaciones del Derecho Internacional, así como las complejidades de presentar una reclamación basada en el Derecho Internacional ante un tribunal nacional. Además, en tanto que interpretación del Derecho Internacional por un tribunal nacional puede reforzar la creencia de que las empresas no tienen responsabilidades en Derecho Internacional (especialmente en los ámbitos de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario), y contribuyen a la idea de que no pueden ser legalmente responsable del incumplimiento de las normas convencionales o consuetudinaria. Esta posición sería entonces contraria a la adopción de las políticas y de medidas legislativas a nivel nacional a favor de la creación de responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos y, eventualmente, ser un obstáculo para el desarrollo de una regla consuetudinaria a este respecto.

Los ejemplos anteriores muestran las dificultades que se suscitan para las reclamaciones por vía jurisdiccional que contienen elementos de Derecho Internacional, así como la importancia del enfoque dependiendo de su respectiva tradición jurídica. También pone de manifiesto el escaso acuerdo que existe –y la necesidad de orientación– en temas tales como la extraterritorialidad y la aplicación de las normas internacionales.

3. LA DICOTOMÍA SOBRE EL *HARD LAW* Y EL *SOFT LAW* EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

La cuestión de las empresas y sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional no es ninguna novedad. El tema se remonta a la década de 1970 y la propuesta de Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI)³⁶. La Comisión de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales se encargó de redactar un código de conducta vinculante para las empresas transnacionales, estableciendo obligaciones directas en virtud del Derecho Internacional. Sin embargo, la caída del bloque socialista y el avance del capitalismo condujeron al abandono de tal proyecto en 1994. El próximo Proyecto relacionado con las responsabilidades de las empresas fue el Pacto Mundial (*Global Compact*), una iniciativa de responsabilidad social corporativa (voluntaria) impulsada en 1999 por el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan, que sigue

³⁶ Para un estudio sobre el concepto de NOEI, véase BERMEJO GARCÍA, R., «Reflexiones sobre el Nuevo Orden Económico Internacional», <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2105/4.pdf> [consultado: 10/01/2017].

vigente e incluye referencias generales a los derechos humanos en relación con la conducta empresarial. Un esfuerzo distinto para crear un conjunto de estándares vinculantes partió de la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, órgano subsidiario de la ya extinta Comisión de Derechos Humanos, que en 2003 adoptó el proyecto de las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos, que, sin embargo, fueron descartadas por la Comisión en 2004.

El nombramiento en 2005 de John G. Ruggie como Representante Especial del Secretario sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, seguido de la aprobación unánime de la Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos, parecía conducir el debate de un nuevo comienzo sobre la base del consenso y no sobre la confrontación (como había sido el de los dos esfuerzos anteriores para desarrollar normas vinculantes). En cierto sentido, la dicotomía que había estado presente en este campo –en torno a la adopción de medidas duras o blandas para fomentar la conducta empresarial respetuosa de los derechos humanos– parecía finalmente abandonado ante el apoyo de una amplia gama de actores a los Principios Rectores de la ONU.

A pesar de las críticas, la adopción y reivindicación de este instrumento por parte de esos actores parecían legitimar la afirmación de Ruggie de que su adopción marcó «el final del comienzo». Sin embargo, el efecto que se esperaba de los Principios Rectores no se ha producido en el breve plazo que ha seguido a su adopción, y en junio de 2014 un grupo de Estados, encabezado por Ecuador y Sudáfrica, planteó en el Consejo de Derechos Humanos una votación sobre una resolución que establecería un grupo intergubernamental de composición abierta con el encargo de elaborar un tratado internacional jurídicamente vinculante sobre los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas. Aunque en la votación se manifestó una profunda división, la propuesta recibió suficiente apoyo de países en desarrollo para ser aprobada. Sin embargo, los países desarrollados (incluidos los Estados Unidos y los Estados miembros de la UE, a su vez miembros del Consejo de Derechos Humanos) votaron en contra de esta resolución. En cambio, apoyaron la adopción de una resolución de prorrogar por un segundo mandato trienal el mandato del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos, en un esfuerzo por seguir fortaleciendo la implementación de los Principios Rectores.

Desde esta perspectiva, el análisis que sigue se centrará en las siguientes cuestiones: ¿cuáles son las perspectivas de adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos? ¿Existe una expectativa realista de que

tal instrumento podría efectivamente limitar las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas? Y por otro lado, ¿cuál es la eficacia de los Principios Rectores, y en particular de su segundo pilar, la responsabilidad de respetar a cargo de las empresas? ¿Es realista esperar que las empresas pongan en práctica la debida diligencia de los derechos humanos y las evaluaciones de riesgos de los derechos humanos, ante la carencia de un marco jurídico vinculante (internacional o nacional) que imponga esa obligación?

3.1. *El proceso del tratado internacional sobre derechos humanos y empresas en clave de Derecho Internacional: perspectivas de futuro*

Los desarrollos recientes en materia de derechos humanos y empresas comprenden la adopción por parte de varios Estados de Planes de Acción Nacionales sobre empresas y derechos humanos para implementar los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. También en el plano nacional están siendo adoptadas importantes medidas legislativas, así como herramientas de formación e información para las empresas, las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil sobre la aplicación del Marco y los Principios Rectores de la ONU en sus actividades. Por otro lado, como se refirió anteriormente, los tribunales de varios sistemas judiciales han sido reacios a imponer normas jurídicas internacionales (de carácter consuetudinario) sobre los actores corporativos por su supuesta implicación en los abusos contra los derechos humanos en diferentes partes del mundo.

En este sentido, mientras que se pone de manifiesto un aparente avance hacia una adopción difusa de los Principios Rectores por múltiples y variados actores relevantes, también es evidente un cauteloso enfoque judicial para reparar a las víctimas por los daños sufridos a manos de proyectos corporativos, especialmente cuando tales situaciones se han producido en un Estado extranjero.

A la hora de evaluar las perspectivas de un instrumento jurídico internacional vinculante es preciso adoptar un enfoque realista³⁷. En primer lugar, la adopción de instrumento podría aportar varias ventajas. Entre ellas se cuenta que la aprobación de un tratado sobre empresas y derechos humanos puede

³⁷ RUGGIE, J.G., «Hierarchy or Ecosystem? Regulating Human Rights Risks of Multinationals», en C. RODRÍGUEZ-GARAVITO (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the end of the Beginning*, Cambridge University Press, 2017, pp. 11-45.

conducir, al menos en el plano teórico, a que Estados y empresas tengan un campo de juego equitativo, donde las normas internacionales de derechos humanos podrían ser aplicables a las empresas con independencia de su nacionalidad. En cierto sentido, crearía los mismos derechos y obligaciones para los diferentes actores involucrados, reduciendo la tensión política y económica que existe entre países en desarrollo en la pugna por atraer la inversión extranjera directa. Además, conduciría a establecer un sistema homogéneo de normas que podría ser igualmente aplicable a las empresas de diferentes Estados, lo cual contribuiría a reducir la ventaja competitiva que las empresas podrían tener dependiendo de la supervisión reglamentaria ejercida sobre ellos por su Estado de origen.

En segundo lugar, el proceso de adopción de un tratado internacional sobre derechos humanos y empresas podría allanar el camino para el desarrollo de un mecanismo internacional para supervisar los casos de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas. Esta es la propuesta de numerosas organizaciones no gubernamentales desde hace tiempo, ante la incapacidad de las instancias judiciales nacionales para que las corporaciones rindan cuentas por el impacto adverso de sus actividades en materia de derechos humanos.

En tercer lugar, las empresas podrían finalmente estar situadas dentro del ámbito de un tratado internacional de derechos humanos, y tal instrumento podría crear obligaciones jurídicamente vinculantes directas, derivadas del Derecho Internacional.

Por lo tanto, el desarrollo de un instrumento internacional vinculante directamente aplicable a las empresas, y que podría crear un mecanismo para proteger los derechos humanos frente a la actividad empresarial constituiría la culminación de décadas de lucha para imponer obligaciones jurídicas internacionales a las corporaciones, lo que contribuiría a subsanar una de las lagunas más importantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Finalmente, el tratado internacional sobre empresas y derechos humanos podría ser elaborado para complementar los progresos logrados por los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos³⁸.

³⁸ Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/26/L.22/Rev.1 (25 de junio de 2014), párrafo 1 (véase en http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_26_L22.pdf [consultado: 10/01/2018]). Para un análisis más detallado sobre las ventajas véase CHANDER; A., «Unshackling Foreign Corporations: Kiobel's Unexpected Legacy», *AJIL*, n.º 107, pp. 829-834.

En cierto sentido, la inclusión de mecanismos de queja en el ámbito corporativo podría ser un catalizador para la cristalización de la debida diligencia de los derechos humanos como norma consuetudinaria emergente del Derecho Internacional.

No obstante, a pesar de las ventajas potenciales de desarrollar el tratado internacional en materia de empresas y derechos humanos, las complejidades de esta temática y del Derecho y las relaciones internacionales pueden constituir serios obstáculos que comprometan el éxito de este nuevo esfuerzo. Aunque desde un punto de vista moral y teórico puede ser conveniente y necesario contar con normas jurídicas internacionales vinculantes que regulen la conducta de las empresas en relación con los derechos humanos, sus consecuencias pueden ser particularmente difíciles de lograr. Así resulta de la *estructura westfaliana* del Derecho Internacional, en la que la soberanía estatal y el enfoque centrado en el Estado sigue prevaleciendo en la comunidad internacional³⁹. Sería necesaria una reconfiguración del Derecho Internacional para que las sociedades empresariales fuesen las destinatarias de obligaciones jurídicas directas en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o como sostiene el Prof. Bermejo García «establecer para ellas un estatuto jurídico claro a nivel internacional»⁴⁰. Por ese medio se podría establecer la responsabilidad directa de las empresas en lugar de tener que mediatizarla a través de la responsabilidad del Estado según el Derecho Internacional vigente.

Consideremos un ejemplo que puede arrojar algo de luz sobre una de las principales preocupaciones que plantea la elaboración del tratado. En primer lugar, una consideración que debe ponderarse es si el nuevo instrumento estaría abierto a la firma de las empresas. Este es un aspecto importante, dado el enfoque tradicional del Derecho Internacional en general, y de los derechos humanos en particular. Corresponde a los Estados determinar si una obligación internacional específica derivada de un tratado que imponga normas de conducta es desarrollada para las corporaciones, aunque en tal caso se plantea si las empresas no tendrían facultad de decisión respecto a este instrumento internacional específico. Si no tuviesen esta opción, ¿cómo diferiría un instrumento nuevo de los comentarios de los órganos de expertos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas, respecto de los titulares de las disposicio-

³⁹ CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos 1995, p. 15.

⁴⁰ BERMEJO GARCÍA, R., «Las empresas transnacionales como actores y sujetos potenciales en la sociedad internacional», *op. cit.*, p. 116.

nes básicas de los instrumentos internacionales de derechos humanos como los Pactos Internacionales? Una posible solución sería que dicha norma de conducta hubiese alcanzado aceptación general y reconocimiento universal como Derecho Internacional consuetudinario. Sin embargo, su identificación por los tribunales nacionales (e incluso por los tribunales internacionales) está sujeta a interpretación, lo que la convierte en una opción menos plausible.

Como se ha podido observar en alguno de los casos de la jurisprudencia analizada anteriormente, los tribunales nacionales han considerado que las corporaciones no tienen capacidad para firmar ni ratificar tratados internacionales, y que no son sujetos del Derecho Internacional, por lo que no les son aplicables las mismas disposiciones humanitarias y de derechos humanos que los Estados. Sin embargo, si la opción de abrir el instrumento propuesto a la ratificación por las empresas, ¿cómo se organizaría la supervisión internacional para monitorear el comportamiento y las actividades de miles de corporaciones en diferentes países del mundo?

Otro aspecto importante es que el instrumento propuesto plantea que su ámbito de aplicación se centre en regular las actividades de las empresas transnacionales. Sin embargo, desde esa perspectiva las corporaciones no existen desde una perspectiva jurídico-formal, pues constituyen un grupo de sociedades nacionales que desarrollan su actividad bajo el mismo nombre o marca en diferentes partes del mundo, normalmente a través de filiales con sus propia personalidad y nacionalidad, en un conjunto complejo de relaciones comerciales⁴¹.

Considerando los últimos casos judiciales analizados a este respecto, no es sorprendente que cualquier esfuerzo judicial para responsabilizar a las corporaciones por su actuación en materia de derechos humanos sería cuestionada al abordar cuestiones como el levantamiento del velo, la extraterritorialidad o la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos en diferentes jurisdicciones⁴².

También vale la pena mencionar otras dificultades estrechamente relacionadas con el Derecho Internacional general. En el marco del Derecho de los

⁴¹ Sobre la complejidad del fenómeno y las distintas definiciones de empresa transnacional, BERMEJO GARCÍA, R., «Las empresas transnacionales como actores y sujetos potenciales en la sociedad internacional», *op. cit.*, p. 89.

⁴² Sin embargo, como afirma Deva, «Si bien tal vez no sea factible que un organismo de este tipo supervise o investigue todas las denuncias de abusos contra los derechos humanos de las empresas, debería utilizar casos seleccionados para emitir una interpretación autorizada de las normas de derechos humanos aplicables a las empresas». Véase, DEVA, S. (ed.), *Building a Treaty on Business and Human Rights. Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017.

Tratados, tal instrumento constituiría un instrumento de adhesión voluntaria que sólo vincularía a los Estado que presten su consentimiento, y su eficacia general estaría condicionada por la existencia de reservas, si fuera el caso.

Teniendo en cuenta el rechazo de la propuesta del tratado por parte de varios Estados de economías industrializadas (Estados Unidos y los Estados miembros de la Unión Europea, específicamente), rechazo que se ha hecho más patente si cabe en la última sesión del Grupo intergubernamental a este respecto⁴³, el efecto que cualquier instrumento vinculante tendría sobre esos Estados y las corporaciones registradas dentro de su jurisdicción es por lo menos desalentadora.

Además, la eventual adopción de un texto sería posiblemente el resultado de un bajo denominador común entre todos los Estados participantes, lo cual no es una perspectiva particularmente positiva para la protección de los derechos humanos. Por ello, considerando los posibles riesgos para el objetivo principal de la agenda internacional sobre empresas y de derechos humanos (el cumplimiento de la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos) sería importante que los Estados, las empresas, las organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas impulsen tanto el proceso del tratado como la implementación de los Principios Rectores por medio de Planes Nacionales⁴⁴, y cooperen en el desarrollo de medidas legislativas nacionales para implementar normas efectivas para la protección de los derechos humanos.

4. CONCLUSIONES

El ámbito de la responsabilidad de las empresas y de los derechos humanos es uno de los campos de investigación más activos y de las áreas jurídicas actualmente más fascinantes. En dicho campo se ponen en relación diferentes conjuntos de normas de diferentes orígenes y con diversas funciones, creando

⁴³ El Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos ha celebrado hasta la fecha tres sesiones, habiendo adoptado un documento de elementos del proyecto de tratado. Véase en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx> [consultado: 10/01/2018].

⁴⁴ Véase PIGRAU SOLÉ, A., *Principios Rectores y tratado internacional: sobre la compatibilidad y la oportunidad de impulsar ambas dinámicas de manera simultánea*, en <https://business-humanrights.org/en/node/163959> [consultado: 20/01/2018].

así una compleja red de procesos e interacciones entre el *hard law* y el *soft law*, el Derecho Internacional y las leyes y políticas nacionales. La complejidad de las cuestiones que se plantean requiere enfoques flexibles y muy en particular sobre la relación entre el Derecho Internacional y la práctica interna a este respecto.

En el marco de la temática que hemos analizado, las líneas de división entre el Derecho Internacional y la ley nacional, y entre el *hard law* y el *soft law* son difusas, y ello ha de ser tenido en consideración con el fin de proponer soluciones prácticas que recojan las mejores características de cada enfoque.

Derecho Internacional y práctica interna interactúan entre sí, reforzándose entre sí y estableciendo el escenario jurídico para la consolidación de normas internacionales basadas en la aplicación nacional que realizan los Estados. Los tribunales nacionales también colaboran en este proceso, aunque de distinta forma, pues no sólo establecen la *lex lata*, contribuyendo de esta manera al desarrollo de la práctica judicial del Estado, sino también, a veces, a un proceso de refinamiento de las prácticas y normas que se hallan en evolución, tanto en el plano nacional como internacional.

El actual estado de desarrollo de la materia «empresas y derechos humanos» requiere tener en cuenta que el proceso del tratado, que es necesario, no debería desviar la atención y el impulso de la aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, ni del consenso sobre la necesidad de tener un proceso inclusivo que tenga como objetivo lograr un cambio en la cultura corporativa y hacer efectivo el compromiso de los Estados de garantizar el respeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito de la actividad empresarial.