

Declaraciones empresariales “voluntarias” sobre derechos humanos, y la necesidad de una regulación institucional (internacional e interna) externa

“Voluntary” corporate declarations on human rights, and the necessity of external institutional (international and domestic) regulation

Nicolás Carrillo Santarelli**

Resumen

Los códigos y declaraciones empresariales que abordan cuestiones sobre derechos humanos constituyen una manifestación de regulación voluntaria privada que puede tener impactos positivos sobre la conducta corporativa. Ello es más probable cuando los códigos son aprobados por las directivas de una empresa e internalizados por sus distintos agentes; cuando se observan condiciones sobre legitimidad pública; cuando hay actualizaciones y concreciones frente a los desafíos concretos de los contextos en los que se opera; y cuando existe un control sobre la efectividad y veracidad de los compromisos asumidos. En caso contrario, los códigos empresariales pueden terminar operando como instrumentos que desvían la atención de la necesidad de generar normas vinculantes para suplir vacíos de protección que incrementan los riesgos de desprotección y elusión de controles estatales. Por las anteriores razones, la relevancia de los códigos empresariales no debe ser descartada, en tanto puede generar interesantes efectos, expresivos y de otra índole, que aborden dimensiones no tratadas por las estrategias judiciales; pero ello no puede suponer que los mismos han de ser considerados como iniciativas que reemplazan o satisfacen de forma plena y suficiente las necesidades de una regulación externa vinculante referente al pilar de respeto empresarial y de recursos judiciales, exigiéndose así complementarlas con otras estrategias e iniciativas en un plano multi-nivel y policéntrico.

Palabras clave: códigos empresariales, pilar de respeto empresarial, debida diligencia, tratado vinculante, declaraciones voluntarias, derecho no estatal.

Abstract

Corporate codes of conduct and declarations addressing human rights issues and concerns can be deemed as an expression of private regulation which may, in turn, have a positive impact on conduct. This is more likely when those codes are approved by directives and internalized by the different corporate agents; when conditions of public legitimacy are observed;

* Nicolás Carrillo-Santarelli holds a PhD degree on International Law and International Relations from the Autónoma de Madrid University, an LLM on Human Rights from Alcalá University, a Law degree from the Externado de Colombia University, and Courses on Human Rights Law and International Humanitarian Law from American University. He is currently a Professor of International Law at La Sabana University, Colombia. He has conducted research and published on non-state actors and international legal issues as human rights law, humanitarian and criminal law, business and human rights, among others. His recent publications include several articles on peer-reviewed journals, the book *Direct International Human Rights Obligations of non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity* and his soon-to-be co-edited book *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*. He has worked in Colombian and Spanish Universities, at the Colombian Constitutional Court; and has been an intern in international NGOs. Email: nicolas.carrillos@gmail.com

when updates and concrete steps are implemented; and when there is control and supervision over the effectiveness and truthfulness of the commitments found in them. Otherwise, codes and other declarations may simply amount to instruments and strategies that deviate attention away from the need of having binding standards that fill gaps and shortcomings generated by risks of lack of protection or circumvention of state control, which do not vanish because of the existence of private standards. Therefore, while corporate codes of conduct can indeed be relevant and generate expressive and other effects that address dimensions not dealt with by judicial strategies, they should not be seen as initiatives that satisfactorily and fully replace or fulfill the needs of robust external corporate responsibility regulations and judicial actions. Hence, they must be complemented by other strategies, preferably in a multi-level and polycentric fashion.

Keywords: corporate codes, pillar of respect, due diligence, business and human rights treaty, voluntary declarations, non-state standards.

1 Introducción

Distintos autores se han ocupado del análisis de la juridicidad (o su ausencia) de los estándares no estatales y las llamadas manifestaciones de *private governance*, *private ordering* o *private law*, entre las que pueden incluirse los códigos empresariales.¹ Si bien es posible abordar la cuestión desde esa óptica, en términos de empresas y derechos humanos resulta sumamente interesante indagar si los estándares y declaraciones adoptados por las empresas en términos de la asunción de “compromisos”, o creados por terceros con pretensiones de que las empresas sigan determinados lineamientos, pueden ofrecer beneficios en términos del respeto y promoción de los derechos humanos o, incluso, si satisfacen las necesidades de regulación relativas a los pilares de respeto

¹ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, “United Nations Global Compact: The Promise—Performance Gap”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 122, 2014, p. 194; Barak D. Richman, *Stateless Commerce: The Diamond Network and the Persistence of Relational Exchange*, Harvard University Press, 2017, pp. 21, 29-32, 57, 379; Khaled Fayyad, “The Kimberley Process and the Unfulfilled Promise of a Conflict-Free Diamond Industry”, *Seminar on Corporations & International Law*, 2018, disponible en <<https://sites.duke.edu/corporations/2018/05/07/the-kimberley-process-and-the-unfulfilled-promise-of-a-conflict-free-diamond-industry/>>, última visita: 10 de junio de 2019.

(empresarial) y reparación.

Las respuestas a los anteriores interrogantes, por preliminares que sean, no carecen de relevancia, la cual es en muchos casos dramática. Esto se pone de manifiesto con el caso de los trágicos accidentes de aviones Boeing 737 Max, en tanto para algunos analistas un factor que pudo influir en su causación se relaciona con un contexto socioeconómico desregulador en el que gran parte de la determinación de estándares se dejó a las propias empresas, y que pudo haber sido creado debido a presiones ejercidas por Estados de nacionalidad o con relaciones con determinadas empresas influyentes. De ser cierto lo anterior, se confirmaría cuán imprescindible es contar con una regulación externa, que podríamos llamar “institucional”, como consecuencia de los límites de la auto-regulación privada.²

De hecho, estudios sobre la efectividad de los códigos de conducta empresarial han sugerido que “The assumption that companies with codes will less frequently violate laws is not valid. Companies will have additional reasons for developing a business code when they face the threat of legal action”.³ Adicionalmente, podría pensarse que el hecho de que el sistema internacional actual, que favorece a los inversores al permitirles demandar directamente a los Estados que así lo acepten pero es reacio a admitir la responsabilidad directa de las empresas de forma general o abierta (lo que no deja de tener ironía y demuestra un inaceptable doble rase-

² Will Hutton, “The Boeing scandal is an indictment of Trump’s corporate America”, *The Guardian*, 7 de abril de 2019; Jeff Wise, “When the Rules Disappear: How the American fervor for deregulation contributed to the 737 Max crashes”, *Slate*, 21 de marzo de 2019; Barak D. Richman, op. cit., pp. 105, 150-151, 382, 460-461, en donde se dice que: “for personal exchange to support a lucrative industry, it *must* develop mechanisms that can enforce contracts between large numbers of merchants even though familiarity inevitably declines as the number of merchants rises [...] business partners [...] exhibit a reluctance to trust [...] but they ultimately do trust—or show confidence in—the institutions that support the trade, and for that reason have been able to sustain a remarkably vibrant market [...] mobilizing reputational sanctions [...] requires a reliable informational infrastructure, a robust menu of acute sanctions, and a deeply interconnected merchant community that is committed to long-term exchange [...] sustaining a large-scale reputation mechanism in a global industry requires a rigorous set of institutions that can share information [...] reputation mechanisms do not emerge by themselves and are not sustainable without the requisite institutional supports”.

³ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, “The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 77, 2008, p. 121.

ro que se traduce en el contenido actual del derecho internacional y las posibilidades que el mismo ofrece, merced a decisiones con tinte político), obedece a la protección preferente de ciertos intereses (por ejemplo, de propiedad) frente a otros, como se ha sugerido en estudios sobre “derecho internacional y revolución” o sobre la influencia del derecho internacional sobre ciertas dinámicas sociales que se perpetúan, existiendo en aquel derecho una serie de compromisos entre los intereses de quienes detentan el poder hegemónico y aquellos que, sin hacerlo, apoyan el sistema a cambio de ciertos reconocimientos.⁴

En el ámbito de los derechos humanos se han presentado diversos debates sobre la necesidad o conveniencia de regular directamente la conducta empresarial por medio de un tratado u otro tipo de fuente del derecho internacional o de los ordenamientos jurídicos internos. Al respecto, algunos autores han afirmado que parte de la resistencia del sector empresarial (y de ciertos Estados) a la regulación directa se basa en la idea de que sería, aparente o supuestamente, *innecesario* emplear este tipo de regulación *externa* en términos de *hard law* debido a la presunta suficiencia de los compromisos *asumidos* o *aceptados* por las empresas o a supuestos “inconvenientes” generados por la existencia de normas vinculantes frente a la implementación de los estándares voluntarios (lo cual no deja de sorprender, pues no son mutuamente excluyentes las normas de derecho duro y aquellas de *soft law*, como acontece incluso en cuestiones interestatales).⁵

En consecuencia, desde la perspectiva de la ética empresarial, los interrogantes subyacentes a aquellas objeciones apuntan, entre otros aspectos, a una *supuesta* tensión entre las estrategias regulatorias *voluntarias* y las jurídicas y a los límites que pueden tener unas y otras.

Es necesario clarificar que la noción de voluntariedad a la que me he venido refiriendo y se manejará en este texto se refiere a la facultad de las empresas y otros actores de adoptar estándares complementarios, diferentes o que vayan incluso más allá de los encontrados en los derechos positivos. Al respecto, se ha dicho que:

“[T]he sense of ‘voluntary’ [...] is a legal—not a moral—one [...] responsibilities are voluntary

⁴ Douglas Guilfoyle, “The Future of International Law in an Authoritarian World”, *EJIL Talk*, 3 de junio de 2019; Umut Özsu, “B. S. Chimni’s “Relatively Autonomous” International Law”, *EJIL Talk*, 27 de diciembre de 2017.

⁵ Antonio Remiro Brotons *et al.*, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 548-555.

[when] there are no international (legal) laws by which businesses could be brought to court, tried, and (if found guilty of a human rights violation) punished. In contrast, the Draft Norms [on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights] sought to tie human rights with various laws or legal mechanisms. Weissbrodt called the norms ‘soft law’ but sought to link them [...] with various international treaties and laws. However, the strong objections raised by business against the Draft Norms proposed view of human rights as direct international legal obligations led to the collapse of this initiative. Business’s objections were importantly self-interested in nature, though some might also say that they were philosophical in the sense of defending a view of the international order in which states have sole legal responsibility for human rights. In short, they could also be seen as defending a Westphalian view of the international order. Those who view human rights as fundamentally moral in nature (Donaldson, Sen, etc.) take a very different tack. They interpret the demands that human rights place on those responsible for them as being morally mandatory, not simply voluntary”⁶ (subrayado añadido).

Para resolver los interrogantes referentes a las contribuciones y límites de las normas voluntarias en materia de empresas y derechos humanos, es imprescindible indagar sobre diversas cuestiones que serán examinadas en este escrito, que por esta razón se ocupará, en un primer lugar, de ofrecer una breve descripción sobre los tipos de estándares no estatales en el ámbito de las empresas y los derechos humanos que pueden tener relevancia en términos de responsabilidades “voluntarias” y regulación privada, a saber: aquellos creados por medio de iniciativas de auto- o hetero-normación mediante declaraciones, promesas, códigos empresariales o estándares de terceros a los que se adhieren las empresas (ej. Pacto Mundial). Con posterioridad, en la primera sección también me ocuparé del análisis de los aspectos positivos que pueden tener aquellas manifestaciones voluntarias sobre la cultura y la conducta corporativa, los cuales pueden *complementar* (que no reemplazar) en cierta medida el impacto de estrategias judiciales o de derecho duro. Concluidas las observaciones al respecto, en la segunda sección del escrito se analizarán las deficiencias, límites y condicionalidades de los estándares voluntarios en materia de empresas y derechos humanos. En últimas, se concluye que debido a sus posibles beneficios y limitaciones, los mismos constituyen una de las distin-

⁶ George G. Brenkert, “Business Ethics and Human Rights: An Overview”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1, 2016, p. 294.

tas estrategias e iniciativas que pueden complementarse (en lo que se ha llamado un *smart mix*) para reforzar la protección de los derechos humanos e incrementar las posibilidades de su respeto efectivo.

A continuación, tras las anteriores secciones descriptivo-críticas, una tercera sección, de naturaleza propositiva, estudiará, precisamente, algunos elementos que permiten que aquella complementariedad exista e interactúen los estándares voluntarios con otros mecanismos de forma sinérgica. En cuanto a la complementariedad, puede decirse que, lejos de descartar o hacer innecesaria la generación de derecho duro (a diferencia de lo que sugieren algunas empresas y ciertos Estados con estrategias de captura corporativa), las iniciativas voluntarias pueden funcionar correctamente si se complementan con acciones de regulación externa (interna o internacional), logrando que interactúen unas con otras. Esto puede generar fortalecimientos mutuos gracias a una sinergia que permita, por ejemplo, mejorar la legislación interna y externa *de lege ferenda* teniendo presente, entre otras cuestiones, los desarrollos en iniciativas y normativas privadas o las deficiencias y vacíos regulatorios que ellas revelen, lo que permite analizar cómo robustecer el derecho positivo a la luz de la identificación de necesidades de llenado de vacíos de protección puestos de manifiesto por patrones de abusos corporativos y casos de impunidad, vulnerabilidad y desprotección.

Al respecto, por ejemplo, Doug Cassel ha señalado que es posible que una aproximación gradual y creciente entre los desarrollos de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (cuyo pilar de respeto, en los contornos estrictos de los mismos, no es siempre vinculante)⁷ y el *hard law* en el derecho interno reduzcan los espacios de impunidad o elusión de responsabilidad.⁸ Si bien el derecho interno es necesario, no es suficiente a efectos de lograr una protección plenamente efectiva en un contexto social en el que la

interdependencia económica y la erosión de fronteras relacionada con las actividades económicas y figuras del derecho corporativo permiten ciertas elusiones de controles internos. Ello hace que sea necesario incluir una dimensión jurídica internacional a efectos de garantizar una armonización mínima en la cual se prevenga la existencia de vacíos de protección y coordinación en ciertas jurisdicciones. A la luz de las anteriores consideraciones, en la tercera sección se analizarán algunos factores alusivos a condiciones de legitimidad y mecanismos concretos que pueden dotar de credibilidad y efectos complementarios a los estándares voluntarios, e igualmente contribuyan a impedir que los mismos se empleen como mera estrategia de *bluwashing* o *window dressing*.

2 Noción, efectividad y relevancia de las manifestaciones voluntarias de compromiso empresarial en materia de derechos humanos

En la práctica, bien sea por convicción o como mera estrategia de imagen y relaciones públicas, las empresas pueden optar por aceptar estándares *voluntarios* (en el sentido descrito en la introducción) de conducta creados por ellas mismas de forma aislada, por un grupo de empresas (ej. un sector de la industria) o por terceros entre los que pueden incluirse tanto Estados como ONGs u organizaciones internacionales, entre otros. Cuando una empresa proclama que procurará regir su conducta según estándares creados por ella misma, se presenta un fenómeno de *auto-regulación*; mientras si ella se acoge a parámetros de conducta diseñados por terceros la dinámica corresponde a una de hetero-normación. Ambas opciones están al alcance de todos los actores no estatales, tal y como ha sido descrito por Pérez-Prat,⁹ y pueden emplearse a efectos de comprometerse por determinados lineamientos que tengan relevancia en materia de derechos humanos.

Además de acogerse a estándares de conducta, contenidos bien sea en un único instrumento o en distin-

⁷ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Naciones Unidas, 2011, comentario al Principio 12, en el que se dice que “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se diferencia de las cuestiones de responsabilidad legal y el cumplimiento de las leyes, que siguen dependiendo en gran medida de las disposiciones legislativas nacionales en las jurisdicciones pertinentes”.

⁸ Doug Cassel, “Vedanta v. Lungowe Symposium: Beyond Vedanta – Reconciling Tort Law with International Human Rights Norms”, *Opinio Juris*, 19 de abril de 2019.

⁹ Luis Pérez-Prat Durbán, “Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional”, en Victoria Abellán Honrubia y Jordi Bonet Pérez (eds.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público: los actores no estatales: ponencias y estudios*, Bosch, 2008, p. 33.

tas fuentes no normativas, las empresas con frecuencia emiten declaraciones programáticas sobre políticas, aseveraciones de calidad o responsabilidad, o planes de acción con relevancia desde una perspectiva de derechos humanos que, sin ser normativos en sentido estricto, sí pueden ser relevantes en términos de la generación de expectativas sociales y por parte de terceros e, incluso, de posibles efectos jurídicos indirectos o directos frente a ellos como consecuencia de la aplicación del principio de buena fe, como se analizará más adelante en este escrito. Lo anterior no deja de ser interesante si se tiene en cuenta la férrea defensa que hacen los inversores extranjeros de sus expectativas razonables a la luz del estándar del “trato justo y equitativo”, que formalmente exige a los estados respetar las expectativas razonables y legítimas de los inversores extranjeros en las que ellos hayan confiado en las relaciones concretas con un Estado,¹⁰ el cual por su amplitud puede suscitar reclamaciones discutibles en ocasiones cuando un Estado otorgue prioridad a intereses públicos.

De hecho, en el ámbito de las empresas y los derechos humanos algunos autores han defendido la importancia de que se respeten las expectativas sociales.¹¹ Alexandra Gatto, por su parte, ha identificado distintas clases de pronunciamientos que encajan en el tipo de prácticas descrito en este párrafo, como por ejemplo los *social labels* u otras declaraciones de calidad o relativas al seguimiento de determinada conducta en la manufactura de un producto o en las operaciones empresariales.¹²

En cuanto a los estándares normativos voluntarios, es posible decir que ellos pueden estar contenidos, entre otros, en códigos de conducta, los cuales han tenido distintas denominaciones en la práctica empresarial. Según la postura de Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, la expresión *business codes* es preferible a otras que se emplean en la práctica, en tanto abarcan más manifestaciones normativas y permiten su distinción frente a los llamados códigos externos (“*external codes*”), los cuales

son creados en dinámicas de hetero-normación. Según aquellos autores, los códigos empresariales pueden ser entendidos como:

“[C]ollections of rules and regulations [...] developed by and for a given company [...] the code applies to those who represents the company [...] as a formulation of behavioral prescriptions for doing business, is for all those people that make the business work and run, which includes at least the management and employees of the company [...] The adjective “business” also implies that a business code prescribes, in a more or less coherent way, multiple behavioral items that are relevant for the company”.¹³

Los códigos empresariales, así las cosas, constituyen una manifestación de la facultad práctica que tienen los actores no estatales de operar como *standard setters*¹⁴ y de incurrir en actividades de regulación privada. Al respecto, S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers han dicho que “[a] voluntary code of conduct is in the nature of “private law”.”¹⁵ Esto no excluye ni la necesidad de verificar su cumplimiento genuino ni la posibilidad (e importancia) de que existan regulaciones obligacionales externas, incluso en términos de *hard law*, toda vez que, como han dicho algunos autores, puede haber una complementariedad entre estrategias vinculantes, voluntarias y de políticas públicas u otra índole en el campo de las empresas y los derechos humanos.¹⁶ Otro argumento

¹³ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., pp. 112-113.

¹⁴ Math Noortmann y Cedric Ryngaert, “Introduction: Non-State Actors: International Law’s Problematic Case”, en Math Noortmann y Cedric Ryngaert (eds.), *Non-State Actors Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, Ashgate, 2010, pp. 1-5; Anne Peters, Lucy Koechlin y Gretta Fenner, “Non-state actors as standard setters: framing the issue in an interdisciplinary fashion”, en Anne Peters et al. (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge University Press, 2009, p. 23, en donde se dice: “Today, the authority to set standards is dispersed amongst and between actors. These actors operate on a continuum between state and non-state spheres”.

¹⁵ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., p. 194.

¹⁶ SHIFT, “Fulfilling the State Duty to Protect: A Statement on the Role of Mandatory Measures in a “Smart Mix”, 21 de febrero de 2019; Sara Blackwell y Nicole Vander Meulen, “Two Roads Converged: The Mutual Complementarity of a Binding Business and Human Rights Treaty and National Action Plans on Business and Human Rights”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 6, 2016, p. 68; Nicolás Carrillo Santarelli, “A Defence of Direct International Human Rights Obligations of (All) Corporations”, en Jernej Letnar Čeranič y Nicolás Carrillo Santarelli (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Intersentia, 2018, pp. 42-43; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse”, A/HRC/32/19, 10 de mayo de 2016, párr. 12.

¹⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, procedimiento entre Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A (Demandantes) y la República Argentina (Demandada), Caso CIADI N° ARB/03/19, Laudo, 30 de julio de 2010, párrs. 221, 226, 228, 230.

¹¹ George G. Brenkert, op. cit., pp. 283, 302; Andrew Clapham y Scott Jerbi, “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 24, 2001, pp. 339, 341, 347-349.

¹² Alexandra Gatto, “Corporate Social Responsibility in the External Relations of the EU”, *Yearbook of European Law*, Vol. 24, 2005, pp. 425-430.

a favor de la necesidad de un complemento a las regulaciones privadas es aquel según el cual:

“The private law carácter of voluntary codes does not reduce the obligations of the [sponsoring organizations], whether they are individual companies, industry sectors, or other types of groups. Rather, it increases their burden to ensure that skeptical critics and public-at-large believe in the responses and performance claims of the SOs”.¹⁷

En lo concerniente al contenido que pueden tener aquellos códigos, sin duda alguna los mismos pueden ocuparse, entre otros aspectos, del respeto de los derechos humanos y de la responsabilidad social corporativa, cuestiones que tienen una naturaleza, fundamentos y objetivos diferenciados. Si bien ambas cuestiones pueden contribuir a la satisfacción de necesidades humanas, los derechos humanos responden exigencias mínimas y la responsabilidad social corporativa puede traducirse en beneficios sociales que no afirman ni niegan la posible existencia de abusos en materia de derechos humanos, en tanto son conceptos diferentes.¹⁸ Ciertamente, la regulación privada puede identificar conductas relevantes para una empresa (a las que alude la definición ofrecida por Kaptein y Schwartz), en términos, por ejemplo, de los impactos negativos en el goce de derechos humanos que deben evitarse, para hablar en términos de la lógica de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. En este sentido, cabe recordar que el Principio 15 de aquellos Principios dispone que:

“Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:

- a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
- b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos”.

Dicho lo anterior, es posible que las empresas se refieran a sus compromisos, políticas y responsabilidades relacionadas con derechos humanos por medio de otras expresiones que no necesariamente constituyan un código empresarial. Por tal razón, al hablar de la “regulación privada” en términos de auto-normatividad con rele-

vancia en el ámbito de los derechos humanos, es preferible incluso no restringirnos a los códigos de conducta. De hecho, esta es la lógica empleada el comentario al Principio 16 de los Principios Rectores, que se ocupa de unas características que se espera tengan todas aquellas manifestaciones, que están comprendidas en la noción más amplia de “declaraciones”. En aquel comentario se dice, al respecto, que “[e]l término “declaración” se utiliza de forma genérica en referencia a cualquier medio que elija la empresa para dar a conocer públicamente (lo cual es relevante debido a la posible generación de expectativas de buena fe) sus responsabilidades, compromisos y expectativas”. El Principio en cuestión dispone, por su parte, que:

“Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que:

- a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa;
- b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo;
- c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o ser vicios;
- d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas;
- e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa” (subrayado añadido, que sugiere la posible influencia de las declaraciones en cuestión en la relevante cultura corporativa).

Las anteriores características mínimas que, según los Principios Rectores, deberían tener las declaraciones de auto-normación coinciden con algunos elementos identificados en estudios sobre su efectividad que aluden a aspectos que, de estar presentes, pueden tener un impacto positivo en el cumplimiento de las declaraciones voluntarias en la práctica.

En aquel sentido, por ejemplo, puede decirse que si bien los estudios empíricos no han sido unánimes en cuanto a las conclusiones sobre la efectividad de los códigos empresariales y los factores que pueden incidir en ella, algunos sugieren que parece ser importante que se entienda y perciba por los agentes de las empresas (trabajadores, etc.) que las políticas de auto-regulación han sido adoptadas y son seguidas por quienes se encuen-

¹⁷ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., p. 194.

¹⁸ Humberto Cantú Rivera, “National Action Plans on Business and Human Rights: Progres sor Mirage?”, *Business and Human Rights Journal*, 2019, p. 5.

tran en los niveles directivos de las empresas teniendo presentes objetivos de la compañía (y prestando atención a “códigos externos” y expectativas de terceros) con tal de que ellos gocen de efectividad.¹⁹

Dicho lo anterior, existen otros factores que pueden tener una incidencia considerable sobre la efectividad de las declaraciones o códigos empresariales y no se identifican ni expresa ni implícitamente en el Principio 16. Así, por ejemplo, se ha estudiado que cuando los actores de los niveles directivo o gerencial no demuestran un compromiso con ellas en sus operaciones; cuando no hay una actualización constante de su contenido; cuando los códigos tienen demasiada generalidad y no abordan de forma específica los desafíos y las expectativas frente a las actividades, retos, contextos y operaciones concretas de cada empresa; cuando no tienen un suficiente monitoreo en un período de tiempo significativo o no son evaluados en cuanto a su adecuación frente a expectativas, sobre su implementación o no son actualizados; o si no hay una evaluación significativa de desempeño o consecuencias significativas frente a las transgresiones (lo que, como dicen algunos, no sin razón, acontece con el *Global Compact*, generando dinámicas acrílicas que incluso han llevado a escenarios de *bluwashing*), se disminuyen su relevancia y capacidad de influir de forma efectiva²⁰ en las operaciones y cultura corporativas, que pueden ser cruciales en términos de la obtención de una conducta empresarial consistente con las exigencias de los derechos humanos, razón por la cual el mismo John Ruggie y otros autores le han dedicado mucha atención.²¹

¹⁹ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., pp. 118-119.

²⁰ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., pp. 196-198; Mark S. Schwartz, “Effective Corporate Codes of Ethics: Perceptions of Code Users”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 55, 2004, p. 332; Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., pp. 119, 122 (“Weller (1988) even considers a relationship between the frequency of revisions and the effectiveness of codes”); César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, *CJ*, No. 1, 2007, pp. 28, 35; S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., pp. 199-200, 206-207.

²¹ John F. Sherman III, “Rights-respecting Corporate Culture: Identifying the cultural norms and values that underpin business respect for human rights”, SHIFT, 2019, pp. 3-10, 12-14, 16-18; Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar””, A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010, párrs. 19, 33-43; Consejo de Derechos Humanos, “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del

En consecuencia, en cuanto a la relevancia de identificar las exigencias concretas de cada empresa que adopte una declaración, puede identificarse una similitud con lo que acontece con los Planes Nacionales de Acción sobre empresas y derechos humanos, en el sentido de que, como ha señalado Humberto Cantú Rivera:

“[P]ublic policies must go through permanent and continuous cycles of analysis, implementation and assessment, in an effort to try to resolve the issues that may exist in a specific society [...] [there is a] need for the NAP to address some of the specific areas of concern for the state, thus having a more tailored approach to the national context and situation”.²²

En la medida en que una declaración auto-normativa sea efectiva, puede cobrar gran relevancia, toda vez que, entre otros aspectos, puede influir en un aspecto que resulta ser crucial en cuanto a la promoción del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas: la *cultura* corporativa; toda vez que al ser trazada por las directivas, recordada por mandos medios y/o generada o impulsada por las dinámicas en que participen terceros (ej. comunidades) o distintos agentes de las empresas como los empleados (y cumplida por ellos de forma coherente con lo descrito en las respectivas declaraciones) y sea exigida por las empresas frente a quienes interactúan con ella, incluso aquellos participantes en la cadena de suministros,²³ es posible que se vaya generando un entramado de expectativas sobre la conducta empresarial responsable exigible en determinada medida por actores internos y externos.

Las dinámicas al respecto pueden generarse por los efectos simbólicos o expresivos de los estándares en cuestión, por la motivación al cumplimiento que se genera cuando coinciden el autor de una norma y su destinatario (lo que supone una aceptación de contenido y exigencias que facilita el cumplimiento espontáneo, como puede acontecer en el derecho internacional en términos generales²⁴) o, además (entre otras razones), y atendiendo a consideraciones sobre derechos humanos y su *internalización* por los distintos agentes de una empresa, con ocasión de procesos de socialización, influencia, persuasión y aculturación, entre otros,²⁵ los cuales

Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie”, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, párrs. 27, 29-32, 105.

²² Humberto Cantú Rivera, op. cit., pp. 8, 19.

²³ John F. Sherman III, op. cit., pp. 5-6, 11, 14.

²⁴ Antonio Remiro Brotóns *et al*, op. cit., p. 50.

²⁵ Robert D. Cooter, “Three Effects of Social Norms on Law:

pueden ser potenciados no sólo por la empresa sino, además, por distintos actores de la industria y el interés en participar en determinados grupos o sectores económicos que promuevan determinados estándares. Ciertamente, los agentes de las empresas pueden interiorizar postulados de derechos humanos y asumir su respeto como un deber propio. Este posible factor conducente al cumplimiento de compromisos puede contribuir a la consecución del cumplimiento de la exigencia de que se impactos negativos frente al goce de *cualquier* derecho humano²⁶ por parte de las empresas (que, para cumplir con tal deber de respeto, no sólo deben abstenerse de ciertas conductas sino, además, han de desplegar ciertas acciones positivas con miras a evitar impactos de tal naturaleza²⁷). Los ajustes de conducta y políticas en el anterior sentido pueden obedecer en mayor o menor medida la adquisición de una consciencia de grupo de que la conducta corporativa no puede afectar de forma negativa el goce y ejercicio de derechos humanos y de que el Estado no es el único actor que puede tener un impacto de esta índole en términos fácticos. Al respecto, John F. Sherman III ha afirmado que existe un:

[F]oundational role of culture in supporting a key aspect of responsible business conduct [...] corporate culture consists of shared norms and values that explain how things are actually done in a company. They are not aspirational, but authentic.

Expression, Deterrence, and Internalization”, *Oregon Law Review*, Vol. 79, 2000, pp. 3, 17, 19; Dana Zartner, “Internalization of International Law”, *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, 2017; Ryan Goodman y Derek Jinks, “Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law: A Rejoinder to Roda Mushkat”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009; Harold Hongju Koh, “Internalization through Socialization”, *Duke Law Journal*, Vol. 54, 2005; David Capie, “Influencing Armed Groups: Are there Lessons to Be Drawn from Socialization Literature?”, en Geneva Call (ed.), *Exploring Criteria & Conditions for Engaging Armed Non-State Actors to Respect Humanitarian Law & Human Rights Law*, Geneva Call, 2008, pp.87-89.

²⁶ Consejo de Derechos Humanos, “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie”, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, párr. 6

²⁷ Esto se debe a que la responsabilidad empresarial, según los principios rectores, les exige a las empresas emprender acciones de prevención y cesación, de suministro de remedios, e incluso obrar con diligencia para buscar impedir posibles impactos negativos sobre el goce y ejercicio de derechos humanos proveniente de terceros con los cuales se relacionen, según puede leerse en: Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman III”, *European Journal of International Law*, Vol. 28, 2017, pp. 931-933.

Having and sustaining the right culture is critical to a company’s ability to meet its goals, since ‘culture eats strategy for breakfast.’ Shaping and sustaining the right culture is a top down, bottom up process that involves the participation of the board, senior executive leadership, middle management, and workers”²⁸.

En la medida en la que un código empresarial u otro tipo de declaración que encuadre con los compromisos a los que se refieren el Principio Rector 16 u otros factores identificados en estudios sobre su efectividad contribuya en alguna medida, incluso potencialmente, a la generación de una cultura corporativa coherente con los derechos humanos y a la modificación de la conducta empresarial o incluso a la mejora de la normativa interna o internacional cuando los Estados se convengan de los beneficios de determinados estándares sobre empresas y derechos humanos generados por actores corporativos o de otra naturaleza (merced a los posibles efectos expresivos de los estándares y a iniciativas que podrían incluso tener como emprendedores normativos plurales o de grupo²⁹), se habrá obtenido un gran logro que no puede ser menospreciado. Por tal razón, de ninguna manera se rechazan en este texto la adopción y existencia de códigos y declaraciones empresariales. Por el contrario, considero que ellos *pueden* constituir *una* entre diversas iniciativas con potencial relevancia en términos de la promoción del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, pudiendo incluso contribuir al despliegue de acciones y dinámicas que suplan los límites de las acciones judiciales o jurídicas, las cuales en sí mismas, como consecuencia de ciertos límites procesales y de impacto social, en ocasiones no necesariamente tienen de forma aislada la capacidad de generar cambios sociales en términos de mejoras frente a la observancia y el respeto de los derechos humanos. Amartya Sen ha considerado, por ejemplo que muchos cambios sociales que contribuyen a una mayor efectividad del goce y ejercicio de los derechos humanos pueden alcanzarse de distintas maneras y a través de diversas iniciativas, incluso particulares, en tanto:

²⁸ John F. Sherman III, “Rights-Respecting Corporate Culture: Identifying the cultural norms and values that underpin business respect for human rights”, Shift Project, 2019.

²⁹ Elizabeth S. Anderson y Richard H. Pildes, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, 2000, pp. 1514-1520; Alan Strudler, “The Power of Expressive Theories of Law”, *Maryland Law Review*, Vol. 60, 2001; Cass R. Sunstein, “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, 1996, p. 2034.

“Because of the importance of communication, advocacy, exposure and informed public discussion, human rights can have influence *without* necessarily depending on coercive legislation”.³⁰

Adicionalmente, es posible que los códigos o estándares voluntarios llenen (temporalmente) vacíos existentes en los derechos internos e internacional frente al pilar de respeto empresarial de los derechos humanos. Hago hincapié en el hecho de que su creación no constituye una excusa frente a la necesidad de que aquellos vacíos sean llenados cuanto antes. Por otra parte, es posible que los estándares voluntarios vayan más allá de lo que disponga el mínimo común denominador armónico y unificador del derecho internacional. En relación con estas ideas, se ha dicho que:

“[P]lethora of voluntary initiatives by companies, industry groups, and regional and global bodies that call for creating voluntary standards in those aspects of corporate conduct that are inadequately addressed in prevailing legal and regulatory mandates”.³¹

Dicho todo lo anterior, además de compartir características sobre regulación privada y voluntariedad, las declaraciones auto-normativas comparten algunas limitaciones y riesgos con las estrategias hetero-reguladoras voluntarias a las que se pueden acoger las empresas, según se analizará a continuación.

3 Los límites de los estándares voluntarios en materia de empresas y derechos humanos

Si bien no puede desconocerse que los estándares voluntarios en materia de empresas y derechos humanos pueden tener importantes efectos relacionados con cambios en la cultura corporativa y el llenado de vacíos, también debe reconocerse que ellos adolecen de limitaciones. En consecuencia, su existencia en modo alguno hace innecesaria la creación de estándares vinculantes en el derecho interno e internacional. En este sentido, por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado de los

³⁰ Amartya Sen, “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32, 2004, p. 345.

³¹ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, “Developing a framework for critiquing multi-stakeholder codes of conduct”, en Knut J. Ims y Lars Jacob Tynes Pedersen, *Business and the Greater Good: Rethinking Business Ethics in an Age of Crisis*, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 202.

Derechos Humanos para las Naciones Unidas y agentes del Pacto Mundial han afirmado que, en relación con los vacíos que puede tener el derecho positivo:

“Voluntary initiatives are not a panacea to this problem. They are primarily an effort to fill the gap and therefore must be formed and fashioned in such a way as to simulate improvement in public policy so that the root causes of the problem are tackled. Enhancing the contribution of business to sustainable development is a complex goal that requires a range of different methodologies. In this context, both regulatory and voluntary approaches play an important role. The Global Compact is designed to complement, and not substitute, regulatory frameworks by encouraging voluntary, innovative corporate practices”³² (subrayado añadido).

A pesar de los posibles beneficios e impactos positivos que *pueden* tener en ocasiones las declaraciones empresariales en materia de derechos humanos, su existencia no hace en modo alguno que sea innecesario contar con herramientas jurídicas, tanto de derecho interno e internacional, judiciales y extrajudiciales (según se reconoce en los Principio Rectores 26 y 27). Por tal razón, considero que es indispensable que haya legislación *externa*, la cual para mi es imprescindible y hace que sea indispensable la existencia de mecanismos judiciales de protección (siendo interesantes las propuestas sobre la creación de mecanismos de arbitraje sobre empresas y derechos humanos como alternativa frente a la solución de diferencias),³³ según se desprende de lo dicho por el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁴ Esto obedece a distintas razones, incluyendo la obligatoriedad, independencia y garantías del debido proceso que han de acompañar a la administración de justicia. Dicho esto, es posible que se adopten e implementen mecanismos complementarios de recla-

³² United Nations Global Compact and Office of the High Commissioner for Human Rights, “Embedding Human Rights into Business Practice,” n.d.

³³ Ver, por ejemplo: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, “Summary of Sounding Board Consultation Round 1 – Results Elements Paper on the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration”, junio de 2019.

³⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales”, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 38-39, 51 (en aquella observación general se recuerda que “los demás medios [de asegurar la rendición de cuentas] utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales”).

mación frente a posibles abusos, o vías para promover o cambios o análisis de políticas corporativas, incluso a través de vías no judiciales o no estatales, como pueden serlo, entre otros, mecanismos de queja como el implementado por Adidas, iniciativas de accionistas, u otras estrategias, que incluso pueden tener cierta celeridad que complementa a las acciones judiciales mientras se espera su resultado.³⁵

Pese a lo anterior, los mecanismos no judiciales no suplen las acciones institucionales, porque no siempre constituyen una base confiable a la que pueden acudir con seguridad los afectados por determinada conducta corporativa, y porque adolecen de límites como, por ejemplo, el hecho de que la transgresión de los estándares voluntarios no genera consecuencias jurídicas o exigibilidad en términos de acceso a la justicia y reparaciones por parte de los afectados, salvo en términos indirectos, como se examinará más adelante. Puede ocurrir, además, que las asimetrías de poder (a las que se ha referido César Rodríguez Garavito como un factor con incidencia problemática en sus estudios sobre los códigos corporativos³⁶) sean una causa de la existencia de estándares voluntarios sin una contrapartida de *hard law* en múltiples Estados o de la excesiva vaguedad o poca ambición de su contenido; o un factor que incida en la falta de “dientes”, ambición o efectividad de los códigos o declaraciones empresariales cuando no haya un interés y compromiso genuino frente a ellos.

Por otra parte, es posible que la cultura corporativa tampoco pueda ser generada acudiendo de forma exclusiva a estándares voluntarios, en tanto, como ha considerado Jim Deloach:

³⁵ Vid., por ejemplo, “Third Party Complaint Process for Breaches to the Adidas Group Workplace Standards or Violations of International Human Rights Norms”, disponible en <https://www.adidas-group.com/media/filer_public/3a/a8/3aa87bcf-9af9-477b-a2a5-100530e46b19/adidas_group_complaint_process_october_2014.pdf>, última visita: 2 de diciembre de 2019; y Michael Kourabas, “Adidas Creates Human Rights Complaint Process”, *Triple Pundit*, 6 de noviembre de 2014, disponible en <https://www.adidas-group.com/media/filer_public/3a/a8/3aa87bcf-9af9-477b-a2a5-100530e46b19/adidas_group_complaint_process_october_2014.pdf>, última visita: 2 de diciembre de 2019, a la luz de los comentarios a los principios 25 a 28 de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de 2011, donde se clarifica que puede haber mecanismos no judiciales y no estatales de reclamación que complementen a los jurisdiccionales, por ejemplo para reforzarlos, ofrecer posibilidades más amplias de reparación o facilitar el examen de numerosas reclamaciones, entre otras posibilidades.

³⁶ César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, op. cit., pp. 5-7, 13.

“While a written code formalizes certain aspects of the organization’s commitment to ethical behavior and is an integral part of the governance process, it is neither a panacea, nor a substitute for a commitment at all levels of the organization to align personal interests with the organization’s interest” (subrayado añadido).³⁷

Adicionalmente, en lo concerniente a la generación de cambios sociales y culturales, tampoco puede ignorarse que las normas despliegan en ocasiones efectos expresivos o simbólicos, especialmente cuando hay agentes normativos en los que se confía en la sociedad.³⁸ Curiosamente, algunos códigos empresariales pueden contener disposiciones o experiencias interesantes que puedan ser emuladas, respaldadas o potenciadas desde el Estado o el derecho internacional, pudiéndose convertir así las empresas u otros actores no estatales que adoptan estándares en emprendedores normativos privados. A su vez, tampoco es conveniente considerar que una mera reiteración acrítica por parte del derecho interno o internacional de lo que digan los códigos empresariales necesariamente constituye un esfuerzo suficiente de regulación institucional suficiente, en tanto ellos pueden ser poco ambiciosos o reflejar meramente un interés propio y egoísta de quienes los adoptan, sin que necesariamente puedan considerarse como un desarrollo progresivo.

En cuanto a los límites de la regulación privada voluntaria, distintas experiencias pueden ser reveladoras. Por ejemplo, los estudios sobre derecho y literatura han explicado cómo en las obras literarias pueden encontrarse interesantes análisis críticos sobre cómo el derecho es percibido e impacta en la vida cotidiana de los seres humanos, y cómo se describe y piensa sobre el derecho por parte de diversos actores sociales (a esto alude el binomio *law in literature* y *law as literature*).³⁹ Al respecto, y en cuanto al tema que nos ocupa, existe una interesante novela escrita por Corban Addison (abogado ac-

³⁷ Jim Deloach, “The Code of Conduct – A Cornerstone for Effective Governance”, *Corporate Compliance Insights*, 30 de junio de 2016, disponible en <<https://www.corporatecomplianceinsights.com/code-conduct-cornerstone-effective-governance/>>, última visita: 10 de junio de 2019.

³⁸ Cass R. Sunstein, “On the Expressive Function of Law”, op. cit., pp. 2025, 2030-2031.

³⁹ Ver, por ejemplo, la presentación de la profesora Melanie Williams en: Schuchlich Law, Exeter School of Law, “The Utility of ‘Law and Literature’ to Legal Education”, *YouTube*, 18 de marzo de 2014, disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=WHFFzZIKuDI&t=334s>>, última visita: 10 de junio de 2019.

tivista) titulada *A Harvest of Thorns*, en la que se narra, entre otras cosas, el aprovechamiento y beneficio frente a abusos de derechos humanos y derechos laborales por parte de una empresa en su cadena de suministro, y cómo muchas declaraciones de “voluntad” pueden ser meros ejercicios de imagen y relaciones públicas que no inciden en la práctica, al no tener la misma prioridad que si tienen los objetivos de lucro trazados por los actores corporativos. Al respecto, son interesantes las siguientes líneas de la novela:

“So now the discussion has turned from profits to losses, from trading on our positive brand image and generating historic fourth-quarter sales, to piecing together the shards of our corporate dignity and shoring up investor confidence before our market cap falls off a cliff [...] Now Josh was beginning to understand. The story Presto had delivered to the world, a story about authorized suppliers and color-coded lists and the company’s unwavering commitment to worker safety, was not merely a half-truth packaged for public consumption.

It was a bald-faced lie”.⁴⁰

Efectivamente, existen tres riesgos interrelacionados que pueden generarse si se considera que las declaraciones empresariales constituyen marcos normativos suficientes en términos de garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas: (i) su posible empleo estratégico para ofrecer una imagen positiva de las empresas incluso cuando no ofrezca resultados significativos o un compromiso real, (ii) la denominada captura corporativa y (iii) la generación de la creencia de que es innecesaria una regulación internacional, proveniente de un tratado u otra fuente.

En cuanto a lo primero, estando preponderantemente motivadas por el afán de lucro, las empresas pueden percibir que es posible obtener beneficios si ofrecen una *apariencia* de respeto de los derechos humanos, con independencia de si su compromiso (factor crucial en términos de la efectividad de las declaraciones empresariales)⁴¹ es real o no, tal y como se pone

de manifiesto en estudios que se han realizado sobre cómo *convencer* al público y a los consumidores, mediante manipulaciones (no siendo los seres humanos agentes plenamente racionales ni con plena información y libertad⁴²), sobre su responsabilidad social, tal y como ha sido denunciado por parte de algunos.⁴³ Este riesgo de manipulación exige no dejarse distraer por alegaciones sobre una falsa y supuesta falta de necesidad de crear y supervisar estándares de “derecho duro” que obedecería a la existencia de declaraciones y códigos empresariales; y también hace que siempre sea necesario que terceros de forma crítica la veracidad y efectividad de las declaraciones emitidas por las empresas, según se apunta en la sección 3. Por otra parte, se ha dicho que las declaraciones empresariales pueden carecer de un impacto real cuando:

“Business codes do not influence behavior because as Ladd posits “those to whom it is addressed and who need it the most will not adhere to it anyway [...] Moreover, business codes are viewed as mere window-dressing [...], providing “superficial and distracting answers to the question of how to promote ethical behavior in corporate life” [...] and are less effective than sector codes or laws”⁴⁴ (subrayado añadido).

Lo anterior obedece a distintas razones. Por una parte, en virtud de la voluntariedad de las declaraciones, el hecho de que los códigos empresariales no suelen ser en sí mismos jurídicamente vinculantes impide a los afectados reclamar directamente su violación e invocar

⁴² Konstantinos Efstathiou, “An irrational choice: behavioural economist wins Nobel Prize”, *Bruegel.org*, 16 de octubre de 2017.

⁴³ Vid. George Monbiot, “Advertising and academia are controlling our thoughts. Didn’t you know?”, *The Guardian*, 31 de diciembre de 2018 (“Another paper considered how to persuade sceptical people to accept a company’s corporate social responsibility claims, especially when these claims conflict with the company’s overall objectives. (An obvious example is ExxonMobil’s attempts to convince people that it is environmentally responsible, because it is researching algal fuels that could one day reduce CO2 – even as it continues to pump millions of barrels of fossil oil a day). I hoped the paper would recommend that the best means of persuading people is for a company to change its practices. Instead, the authors’ research showed how images and statements could be cleverly combined to “minimise stakeholder scepticism””), criticando escritos como: Jeff Joreiman, Richie Liu y Ioannis Kareklas, “Images Paired with Concrete Claims Improve Skeptical Consumers’ Responses to Advertising Promoting a Firm’s Good Deeds”, *Journal of Marketing Communications*, Vol. 24, 2016 (donde se dice “it is possible that the beneficial impact of images in the present study may be due, in part, to their ability to grab the reader’s attention. If true, ads with images backing up a company’s CSR claims could increase the likelihood that skeptical consumers would process such ads. Future research using eye-tracking software could prove useful in testing this proposition”).

⁴⁴ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., p. 112.

⁴⁰ Corban Addison, *A Harvest of Thorns*, Regulus Books, 2017.

⁴¹ Al respecto, se ha dicho que “Strong outcome effectiveness depends on the serious commitment of business actors, top management in particular, and must involve not only external communicative efforts but also strong and strategic leadership inside the organizations involving the strategic measurement of goal attainment and effective employee trainings”. Fuente: Sarah Margaretha Jastram y Jenny Klingenberg, “Assessing the Outcome Effectiveness of Multi-Stakeholder Initiatives in the Field of Corporate Social Responsibility – The Example of the United Nations Global Compact”, *Journal of Cleaner Production*, Vol. 189, 2018, p. 782.

derechos basados en ellos como base de pretensiones jurídicas *directas*. No obstante, frente a los posibles efectos indirectos (no suficientes) es cierto que, como ha afirmado la *International Law Association*:

“Many non-State actors, e.g. corporations and armed opposition groups, commit themselves to upholding international law. However, they tend to do so as a matter of policy/soft law than as a matter of hard law. In so doing, they may avoid legal accountability. There may nevertheless be doctrines and principles that could be used to harden these soft commitments into hard law (duty of care/negligence/ corporate organization/legitimate expectations/good faith/unilateral act...)”⁴⁵ (subrayado añadido).

En un sentido igualmente relevante, se dijo por parte de la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Vedanta* que es posible tener en cuenta las declaraciones públicas (“published statements”) de una empresa al momento de analizar, por ejemplo, su grado de intervención en las operaciones de una empresa subsidiaria.⁴⁶

¿Y qué puede decirse de los informes de las empresas que pregonan mejoras en su desempeño en términos de derechos humanos a la luz de instrumentos voluntarios de hetero- o auto-regulación? Este tipo de proclamas pueden constituir lo que se ha denominado como *window-dressing* y *bluwashing*, conceptos que aluden a estrategias consistentes en resaltar aspectos positivos, por mínimos que sean, como meros distractores que ocultan la existencia de deficiencias o problemas que pueden ser, incluso, graves. Este panorama especialmente problemático cuando haya una ausencia de mecanismos objetivos e independientes de supervisión y control. Al respecto, Estefanía Amer ha dicho, en relación con un ejemplo de hetero-regulación *voluntaria* como lo es el Pacto Mundial o *Global Compact*, que:

“[C]ritics report that (a) the UNGC principles are incomplete and vaguely defined and (b) their implementation is company-controlled and there are no external verification or sanction mechanisms [...] the fact that companies do not have to report on each of the 10 principles is a significant deficiency of the COP policy (Sethi & Schepers, 2014) that increases the risk of “bluewashing.” The vagueness of the principles and the lack of clear reporting guidelines also result in a high level of heterogeneity

⁴⁵ International Law Association, Non-State Actors Committee, Report: Preliminary issues for the ILA Conference in Rio de Janeiro, August 2008, 2008, p. 3.

⁴⁶ Corte Suprema del Reino Unido, *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents)*, Sentencia, 10 de abril de 2019, párrs. 55, 58-59.

in the COP’s content, format, and quality that facilitates “bluewashing” [...] The effectiveness of the UNGC and the COP mechanism to achieve transparency, accountability, and long-term sustainability [...] relies on the stakeholders’ ability to expose business participants that fail to comply with the COP policy and/or “bluewash” by selectively disclosing positive information about their implementation of UNGC principles, while omitting negative information on their failings in the domain of CSR (Lyon & Maxwell, 2011). Indeed, even UNGC advocates such as Kell and Levin (2003) report that, apart from the COPs and the public scrutiny of the business participants’ behavior, little else prevents these participants from “bluewashing.” [...] literature reports that private actors, such as NGOs and other civil society members, consumers, the media, and investors, are able to pressure companies to become more socially and environmentally responsible”.⁴⁷

Como pone de manifiesto la anterior cita, los riesgos de que los códigos empresariales se usen como distractores frente a la necesidad de que se expidan normas en los derechos e internacional se incrementan en la medida en que los estándares voluntarios sean más vagos y en cuanto menor sea la supervisión de su cumplimiento. Esta consideración coincide con lo concluido en estudios del economista Barak D. Richman en su libro *Stateless Commerce: The Diamond Network and the Persistence of Relational Exchange*. En esta obra, el autor sostiene que los estándares de regulación privada tienen mayor efectividad y existe mayor confianza frente a ellos, incluso por parte de los participantes que los adoptan, en tanto haya un elemento institucional de supervisión e implementación de sus disposiciones, lo cual incluso fue relevante en relación con la llamada *lex mercatoria*.⁴⁸ En un sentido similar, César Rodríguez Garavito ha considerado que las asimetrías de poder entre Estados, empresas e individuos exigen que se concedan garantías y protección por parte de mecanismos institucionales a

⁴⁷ Estefanía Amer, “The Penalization of Non-Communicating UN Global Compact’s Companies by Investors and Its Implications for This Initiative’s Effectiveness”, *Business & Society*, Vol. I-37, 2015, pp. 6-7, 9.

⁴⁸ Vid. nota 2, supra; Barak D. Richman, op. cit., pp. 357-358 (“Some argue that what makes *lex mercatoria* work is that it arises from autonomous communities and not from formal political bodies [...] Several scholars have observed, however, that medieval trade did not not and could not have relied on the self-policing of merchants, and that enforcement of medieval commercial trade was not as divorced from sovereign authority as some have argued. Stephen Sachs (2006), for example, points to the thirteenth-century abbey of Saint Ives and reports that merchants invoked the coercive power of local courts to adjudicate their dispute and enforce judgments”).

favor de los afectados.⁴⁹

Sobre estas cuestiones, distintas opiniones concuerdan en resaltar la necesidad, y no una mera conveniencia, de que exista un mecanismo independiente de verificación del cumplimiento de los compromisos asumidos por distintos actores en esquemas voluntarios de regulación. Esto obedece al hecho de que, en caso contrario, su efectividad podría quedar menoscabada. En este sentido, por ejemplo, Khaled Fayyad ha sostenido, en relación con el proceso de Kimberley, que:

“The success of the Kimberley Process depends, in large part, on voluntary participation, self-policing and peer-review [...] Without an independent entity to provide effective oversight and enforce the certification requirements, states are left with little incentive to adhere to them”.

Siendo esto así, se debe preguntar qué efectos, deseados conscientemente o no, pueden producirse como consecuencia de la distracción generada por las estrategias e iniciativas de regulación voluntaria. Uno de ellos alude al segundo de los riesgos que pueden generarse si se cree que las declaraciones empresariales son suficientes para lidiar con asuntos de derechos humanos, los cuales fueron mencionados líneas atrás: el riesgo de la denominada “captura corporativa”. Este concepto corresponde a una dinámica identificada por órganos de la sociedad civil como *Friends of the Earth* y *ESCR-Net*,⁵⁰ definida de la siguiente manera:

“Conceptually, ‘corporate capture’ refers to the means by which an economic elite undermine the realization of human rights and the environment by exerting undue influence over domestic and international decision-makers and public institutions. In this sense, corporate capture acts as a ‘root cause’ of many corporate human rights abuses”.⁵¹

La captura corporativa consistiría, entonces, en la excesiva incidencia de las empresas en la determinación del contenido y naturaleza de los estándares relativos a su conducta, entre otras, en términos de derechos humanos, y su amoldamiento a *sus* intereses (no necesaria-

mente a aquellos sobre protección de la dignidad humana). Al tener un interés propio frente a las iniciativas de regulación, su incidencia jamás debería ser excesiva ni del todo determinante, pues ello puede redundar en perjuicio de las perspectivas de conseguir una regulación efectiva que ataje deficiencias y vacíos normativos de manera apropiada. Así, por ejemplo, George G. Brenkert ha sostenido que:

“[T]he strong objections raised by business against the Draft Norms [on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights] proposed view of human rights as direct international legal obligations led to the collapse of this initiative. Business’s objections were importantly self-interested in nature”.⁵²

Además del riesgo que supone dejar la determinación del contenido de estándares de respeto de los derechos humanos a los actores destinatarios de aquellas normas, consistente en la posibilidad de que diseñen normas sin un contenido significativo o que, ante la ausencia de potenciales consecuencias relevantes ante la inacción o la desidia empresarial, las corporaciones opten por no asumir compromisos relevantes,⁵³ el interés de las empresas podría llevarles a ellas, o incluso a otros actores (como los Estados, por ejemplo) con intereses de por medio, a argumentar que supuestamente es innecesaria la regulación de la conducta empresarial a través de normas vinculantes de derecho interno o internacional cuando existan estándares voluntarios.⁵⁴

Dicho lo anterior, si bien se defiende en este escrito la necesidad de adoptar regulaciones vinculantes complementarias, conviene mencionar que algunos autores sostienen que las empresas siempre están obligadas

⁴⁹ César Rodríguez Garavito, “Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning”, en César Rodríguez Garavito (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Oxford University Press, 2017, pp. 24-25.

⁵⁰ Friends of the Earth International, “Corporate capture explained”, disponible en <<https://www.foei.org/what-we-do/corporate-capture-explained>>, última visita: 10 de junio de 2019.

⁵¹ ESCR-Net, “About Corporate Capture”, disponible en <<https://www.escr-net.org/corporateaccountability/corporatecapture/about>>, última visita: 10 de junio de 2019.

⁵² Khaled Fayyad, “The Kimberley Process and the Unfulfilled Promise of a Conflict-Free Diamond Industry,” *Seminar on Corporations & International Law*, 2018, disponible en <<https://sites.duke.edu/corporations/2018/05/07/the-kimberley-process-and-the-unfulfilled-promise-of-a-conflict-free-diamond-industry/>> (última visita: 30 de abril de 2019).

⁵³ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., p. 200 (“Corporate leaders had correctly realized that Kofi Annan did not have strong support from other UN bodies and thus participation in the UNGC would not temper criticism from the UN Program agencies. Hence, they were unwilling to make a meaningful commitment to the UNGC”).

⁵⁴ Se ha dicho, por ejemplo, que las declaraciones voluntarias de las empresas “engender public trust through “reputation effect” [...] From the public’s perspective, voluntary codes avoid the need for further governmental regulation with the prospect of onerous regulatory conditions”. Fuente: S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., p. 195.

por un deber de no contravenir de derecho imperativo o *ius cogens*, según ha afirmado, por ejemplo, Roland Portmann;⁵⁵ y que las empresas pueden tener obligaciones implícitas en materia de derechos humanos, según ha argumentado Jordan Paust⁵⁶ y se sostuvo por un tribunal arbitral en el marco del CIADI en el caso Urbaser.⁵⁷ Efectivamente, si el derecho imperativo es absoluto y no admite ninguna excepción a su prevalencia, y hay actores capaces de violarlo en la práctica, puede argumentarse que así como hay poderes implícitos de sujetos como las organizaciones internacionales, también podrían tener obligaciones implícitas de respetar el derecho imperativo, en tanto el mismo no admite excepción alguna.⁵⁸

En cuanto a la invocación de los estándares voluntarios como excusa para justificar una supuesta (que rechazo) inconveniencia o falta de necesidad de adoptar regulaciones vinculantes, algunos académicos han dicho que a las empresas (pero no a las víctimas, olvidan decir) les “conviene” tener códigos empresariales, toda vez que los mismos tienen como un posible beneficio el hecho de que su existencia les permite “encourage the authorities to relax onerous regulations and controls”.⁵⁹ Esta alusión a la conveniencia deja entrever una noción de cálculo en términos de costo-beneficio y la elusión de cargas adicionales que impide la internalización de externalidades nocivas.⁶⁰ Tal lógica no coincide con

aquella referente a la protección efectiva e incondicional de la dignidad humana frente a *cualquier* actor que pueda afectar negativamente el goce y ejercicio de los derechos basados en ella, exigencia que subyace al derecho internacional de los derechos humanos.⁶¹

En últimas, existe un riesgo de que las empresas, o los Estados que busquen proteger sus intereses, invoquen la existencia de códigos “voluntarios”, no obstante sus limitaciones, para argumentar que no es necesario regular deberes de respeto corporativo en materia de derechos humanos en el derecho internacional a través, por ejemplo, de un tratado, o para sostener que el mismo podría afectar las iniciativas voluntarias. No concuerdo con este argumento, que ignora tanto la posible complementariedad que pueden tener las iniciativas voluntarias y obligatorias como la potencial captura corporativa y la elusión de regulación. Algunos de estos problemas han sido identificados por autores como César Rodríguez Garavito⁶² (quien alude a la “cooptación”) y Jens Martens. Este último autor ha identificado distintas estrategias empresariales y estatales contrarias a las iniciativas obligatorias que han sido empleadas en distintas etapas de la evolución del campo de las empresas y los derechos humanos para oponerse a distintas iniciativas de regulación directa o indirecta⁶³ de conductas o asuntos empresariales (incluso en relación con la propuesta de tratado presentada por Ecuador con apoyo sudafricano). Según Martens:

“TNCs and their interest groups used various strategies to undermine the initial efforts of the UN to hold companies accountable [...] The focus on values and joint learning rather than rules has remained the leitmotif of the Global Compact until today [...] The working group and its proposed Norms met with vehement opposition from corporate lobby groups [...] they used the Global Compact to campaign against their adoption [...] the ICC and the IOE described the proposed Norms as “(...) counterproductive to the UN’s ongoing efforts to encourage companies

⁵⁵ Roland Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 153, 166, 280.

⁵⁶ Jordan J. Paust, Human Rights Responsibilities of Private Corporations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002, pp. 812-817, 821-825; Jordan J. Paust, “The Reality of Private Rights, Duties, and Participation in the International Legal Process”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, pp. 1242-1243.

⁵⁷ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, procedimiento entre Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa (Demandantes) y la República Argentina (Demandada), Caso CIADI N° ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, párrs. 1159-1161 (“La Declaración [Universal de los Derechos Humanos] no incluye ninguna referencia sobre quién sería responsable por los derechos y obligaciones resultantes de ella. Sin embargo, su lectura deja en claro que dichas obligaciones no son vinculantes únicamente para los Estados [...] los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional son vinculantes para los individuos y, por lo tanto, también para las sociedades”).

⁵⁸ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, Wolf Legal Publishers, 2017, pp. 302-306.

⁵⁹ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., p. 111.

⁶⁰ Ugo A. Mattei, Luisa Antonioli y Andrea Rossato, “Comparative Law and Economics”, en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, vol. 1: The History and*

Methodology of Law and Economics, Edward Elgar Publishing, 2000, pp. 515-516; Florian Faust, “Comparative Law and Economic Analysis of Law”, en Matthias Reimann y Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 840-841.

⁶¹ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, op. cit., pp. 20, 34-36, 41, 48, 53, 57, 69.

⁶² César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, op. cit., pp. 12, 14, 17.

⁶³ John H. Knox, “Horizontal Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 102, 2008, pp. 18-31.

to support and observe human rights norms by participating in the Global Compact.” [...] Over the past four decades, the United Nations has experienced several waves of efforts to introduce legally binding instruments to hold transnational corporations accountable and liable for violations of environmental, social and human rights standards [...] All these efforts met with vigorous opposition from powerful business interests and some governments. Transnational corporations and their business associations had a significant impact on shaping the agenda and the discourse at the UN and in convincing Governments [...] While opponents of legally binding instruments for TNCs declared the establishment of an international court for corporations absolutely unrealistic, investor-state dispute mechanisms have been established that enable TNCs to sue states and get compensation even for unrealized future profits [...] Since the 1980s, corporate PR experts have been extremely successful in implementing “issue management” strategies that helped to present business enterprises as good corporate citizens willing to dialogue with Governments, the UN and decent concerned stakeholders [...] ‘Multi-stakeholderism’ became the flavor of the day, and the Global Compact as well as the UN Guiding Principles on Business and Human Rights were referred to as prime examples of an approach based on consensus, dialogue and partnership with the corporate sector – in contrast to what was portrayed as old-fashioned state-centered “command and control” approaches. But this type of governance model, with its emphasis on partnerships and consensus, denies the existing conflicts between social actors [...] Labeling all actors ‘stakeholders’, as if all were equal and had the same interests, obscures the power imbalances [...] At the level of the UN, this requires, inter alia, the following steps: 1. Reversing the “corporate capture” of the UN and preventing undue influence of corporate actors on the global public agenda [...] The key question remains whether the current mainstream approach based on voluntarism and a broad consensus of all ‘stakeholders’ – a term which includes victims as well as offenders of human rights violations – is the right way to go. The evidence of ongoing human rights violations and aggressive lobbying strategies by transnational corporations suggests that it is not” (subrayado añadido).⁶⁴

De hecho, en cuanto a los actores de la sociedad civil, el mismo autor ha descrito cómo:

“Many CSOs raised more fundamental concerns over the forum. They don’t expect dialogue in a multi-stakeholder forum to lead to real changes in corporate practice and prefer other approaches and fora. Some of them were among the more than

140 participants from various CSOs around the world who gathered in Vienna, in June 2013, on the occasion of the 20th anniversary of the 1993 World Conference on Human Rights. In their Vienna+20 CSO Declaration, they criticized “non-binding, voluntary approaches that provide ‘guidance’ and recommend good corporate practice, but avoid sanctions and allow corporate abuse to continue.”⁶⁵

Por todas las anteriores razones, es posible decir que los códigos empresariales, y otras estrategias de hetero- y auto-regulación, y a pesar de las posibles ventajas que ciertamente *pueden* ofrecer en algunos casos, adolecen de límites que, en modo alguno, hacen innecesaria o desaconsejable la regulación vinculante de la conducta empresarial en los derechos interno e internacional y, de forma complementaria a ellos, a través de otras estrategias sociales. A continuación, se examinarán algunas estrategias y factores que pueden llenar vacíos de protección de los estándares voluntarios.

4 Factores normativos, de legitimidad y sociales que pueden potenciar la posible complementariedad positiva de los estándares voluntarios

El análisis que se ha venido ofreciendo hasta este momento postula que las declaraciones empresariales en términos de políticas frente a los derechos humanos pueden generar ciertos efectos positivos en términos de cultura y conducta, pero que no conviene ni puede confiarse el respeto empresarial de los derechos humanos exclusivamente a ellas.

Después de todo, al hablar de estándares normativos, conviene recordar que autores como Hans Kelsen han hecho hincapié en el hecho de que, frente al deber ser trazado por las normas, es menester recordar que ellas pueden ser transgredidas en la práctica por sus destinatarios. Esta es la razón por la cual se prevén sanciones y otras consecuencias en el propio derecho frente a los incumplimientos.⁶⁶ El anterior análisis también

⁶⁵ Ibid., p. 22.

⁶⁶ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba – Universidad de Buenos Aires, 2009, pp. 54 y ss., en donde se dice que: “la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión “debe ser” está desprovista de todo sentido moral [...] En una regla de derecho la consecuencia imputa-

⁶⁴ Global Policy Forum et al, “Corporate Influence on the Business and Human Rights Agenda of the United Nations,” Working Paper, 2014, pp. 7, 9-11, 27-29.

puede predicarse de estándares no jurídicos. En otras palabras, las normas pueden ser fácticamente violadas sin que ello niegue su existencia. Precisamente, siempre se corre un riesgo de que los actores que tengan responsabilidades expresas o implícitas frente a los derechos humanos, como lo son las empresas, contravengan las normas en las que ellas se prevén. Las obligaciones en pueden ser *correlativas* a la posibilidad de goce y ejercicio efectivos de los derechos humanos, tal y como ha explicado John H. Knox al estudiar la horizontalidad del derecho internacional de los derechos humanos.⁶⁷ Si esto es así, también puede darse el caso de que las empresas contravengan estándares no vinculantes, máxime cuando su desconocimiento no les acarrea un riesgo real de condena jurídica. Esto exige fomentar presiones y controles por parte de terceros, como se explica más adelante.

En resumen, puede decirse que las empresas, a través de sus agentes, tienen la capacidad fáctica de transgredir con su conducta estándares referentes a los derechos humanos. Ellos pueden encontrarse tanto en el derecho interno e internacional como en el ámbito del *soft law* o de normas no vinculantes, incluidas las plasmadas en códigos empresariales u otras categorías de declaraciones de regulación privada. Este panorama permite corroborar la importancia y necesidad de que se complementen los estándares no obligatorios normas “duras” o vinculantes, en virtud de dos razones. Por una parte, porque si estas últimas no existiesen, no habría ninguna consecuencia jurídica *directa* del incumplimiento de los estándares *voluntarios*. Otra cosa acontece con los efectos indirectos que pueden tener las declaraciones empresariales, que merced al juego del principio general de la buena fe pueden constituir el fundamento de reclamaciones basadas en el respeto a la palabra dada o a las *expectativas legítimas* (expresión que tanto gusta al inversor extranjero en cuanto al trato justo y equitativo, esto sí, para reclamar, y no para responder, ¿doble rasero?), por ejemplo en el ámbito de la protección del consumidor en el derecho interno o en virtud de la aplicación del

da a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos”.

⁶⁷ John H. Knox, op. cit., pp. 2-3.

estoppel u otras figuras propias del derecho internacional basadas, por ejemplo, en el principio general de la buena fe, como ha argumentado la *International Law Association*, según se expuso párrafos atrás.

Esta situación relativa a la posible ausencia de un mecanismo de reclamación directamente basado en el incumplimiento de un estándar voluntario, en caso de acompañarse de la ausencia de normas vinculantes sobre responsabilidad empresarial, dejaría desamparadas a las personas afectadas por determinadas conductas corporativas. Tal vacío de protección no se compadece con la exigencia de que la dignidad humana sea protegida de forma *incondicional y efectiva*, características que incluyen la exigencia de protección frente a cualquier amenaza, independientemente de la identidad del agresor.⁶⁸ En consecuencia, es menester identificar las normas existentes en la *lex lata* y esforzarse por complementarlas mediante regulaciones que ofrezcan aclaraciones y, además, llenen vacíos de protección *de lege ferenda*. Entre estos esfuerzos, puede identificarse la iniciativa del proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos que, no obstante, no puede ser considerado como la única posible fuente o iniciativa posible en el ámbito, especialmente por los límites de contenido que tendrá (en caso de que algún día culmine con éxito), probablemente como consecuencia del juego de la política en la fase inicial de negociación.

En segundo lugar, incluso en caso de identificarse normas vinculantes cuya obediencia pueda exigirse (en términos *erga omnes*, por los intereses en juego) a las empresas, cabe decir que la capacidad fáctica que tienen las empresas y otros actores de incumplirlas llama la atención sobre la importancia de que existan mecanismos de reclamación que permitan ventilar las controversias y permitir la reclamación de reparaciones y cumplimiento. Este requisito es especialmente importante debido al hecho de que en el derecho internacional las normas sustantivas no siempre van acompañadas de otras de naturaleza procedimental que permitan hacer efectivo su cumplimiento, según han explicado Higgins y Clapham.⁶⁹ En consecuencia, y concordando con lo expresado al respecto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considero que es indispensable que siempre debe garantizarse, cuando menos,

⁶⁸ Vid. nota 61, supra.

⁶⁹ Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, p. 74.

el acceso a recursos judiciales de reclamación, en virtud de las garantías de independencia, imparcialidad y acceso a la justicia que ellos deben ofrecer, y por la expectativa de un resultado *vinculante* para las partes en la controversia.

Dicho esto, no puede desconocerse que, por un lado, los cambios sociales, reivindicativos y estructurales en términos de derechos humanos no pueden generarse exclusivamente por medio de acciones como las judiciales u otras basadas en el derecho positivo, las cuales en ocasiones resuelven **únicamente casos puntuales** y tienen un impacto limitado⁷⁰ que, no obstante, es necesario garantizar. No obstante, conviene reconocer que los pronunciamientos judiciales pueden tener un impacto más amplio a la luz de consideraciones sobre control de convencionalidad, decisiones piloto o exigencias de enfrentar situaciones (“estados de cosas”) inconstitucionales, siguiendo criterios esbozados por las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos y la Constitucional de Colombia.⁷¹

Las decisiones judiciales, adicionalmente, han de basarse en buena medida en verdaderas *fuentes* del derecho o procesos de creación normativa vinculantes y exigibles, confirmándose así la necesidad de que exista un *hard law* aplicable a las empresas, tanto interno como internacional. Este último cumplir funciones de armonización (no necesariamente con uniformidad), integración y/o unificación (de estándares y valores, en términos de mínimo común denominador, compromiso o la identificación de la “mejor solución”),⁷² según el caso. Las necesidades de protección exigen la existencia de acciones judiciales con resultados obligatorios y procedimientos vinculantes; y ellas requieren, a su vez, normas que sean vinculantes para las empresas.

⁷⁰ Vid. Amartya Sen, op. cit., pp. 319, 321, 329, 342-345.

⁷¹ Vid. María Carmelina Londoño Lázaro y Nicolás Carrillo Santarelli, “The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and Its Potential Expanding Effects in International Human Rights Law”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 22, 2019, pp. 320-330; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Factsheet – Pilot judgments”, Press Unit, 2019; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025/04, 22 de enero de 2004.

⁷² Rainer Arnold, “European constitutional law: its notion, scope and finalities”, en Antonina Bakardjieva Engelbrekt y Joakim Nergelius, *New Directions in Comparative Law* (eds.), Edward Elgar, 2009, p. 106; Mathias Siems, *Comparative Law*, segunda edición, Cambridge University Press, 2018, p. 5; Martin Gebauer, “Unification and Harmonization of Laws”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009.

El derecho internacional puede contribuir a evitar que existan vacíos de coordinación que permiten a las empresas y sus agentes incurrir en acciones como los “saltos de jurisdicción” (riesgo del que incluso se ha hablado en el seno del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos)⁷³ y la elusión de controles internos con aprovechamiento de figuras propias del derecho societario. También puede ayudar a desestimular o prevenir dinámicas de *forum shopping* y *race to the bottom* desencadenadas, entre otras posibilidades, por el afán de atraer más inversión cuando no existan estándares comunes regionales o mundiales. Ciertamente, en el seno del derecho internacional pueden desarrollarse estándares comunes básicos o mínimos que sean exigibles en determinada región (como puede acontecer en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos) y a nivel global en el derecho internacional general (consuetudinario o vía principios generales, por ejemplo), previniendo e impidiendo una bilateralización excesiva de las negociaciones sobre estándares aplicables que termine socavando garantías de los derechos humanos cuando una parte hegemónica impida su inclusión o reconocimiento. Sobre este papel del derecho internacional y su potencial de facilitar la obtención de un objetivo de “*levelling the playing field*”, Estefanía Amer ha manifestado que:

“The emergence of voluntary initiatives such as the UNGC is due, at least in part, to the belief that state actors and international organizations, even if they cooperated, are presently unable to handle global problems alone (Deva, 2006). Governments often lack the capacity and the will to regulate at the national level to protect the environment and society from the impact of business activity because such regulation could render their nations less attractive to global investors (Nolan, 2005). Moreover, economic globalization has created “global governance gaps” (Voegtlin & Pless, 2014, p. 179), and the complexity and interdependency of the global governance challenges call for a “multistakeholder solution” (Baccaro & Mele, 2011, p. 457), in which different types of public and private actors with different types of expertise

⁷³ Consejo de Derechos Humanos, “Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante”, A/HRC/31/50, 5 de febrero de 2016, párr. 50, en donde se expresó preocupación por parte de un Estado por el hecho de que “las empresas podían cambiar de jurisdicción” (en la versión en inglés, quizás más dicente y clarificadora, se narra que el Estado en cuestión “noted that national action plans were neither integrated nor uniform, and that companies could jump from one jurisdiction to another”).

cooperate across borders and generate rules about the business sector's role and practices (Willke, 2009). Although national and global governance regimes rely both on hard and soft approaches to regulation, such as mandatory disclosure schemes, to achieve environmental and social targets (Lyon, 2009), hybrid systems in which the public sector, civil society, and the private sector form a coalition to address specific issues are an interesting and potentially effective response to an increasing demand for governance able to achieve sustainable development (Delmas & Young, 2009).⁷⁴ (subrayado añadido).

Dicho todo lo anterior, como también se argumentó líneas atrás, no puede negarse que las declaraciones empresariales en materia de derechos humanos tienen en ocasiones el *potencial* de contribuir a complementar otros esfuerzos en pos de generar cambios que incrementen y robustezcan las perspectivas de respeto empresarial (el cual exige no sólo omisiones y abstenciones sino, además, que las empresas incurran en esfuerzos para evitar impactos negativos).⁷⁵ A nuestro juicio, existen una serie de factores que pueden incrementar las probabilidades de que ello sea así.

En primer lugar, y teniendo en cuenta la importancia, incluso en términos de *rule of law*, de regular la conducta de actores no estatales que (como las empresas) tienen un poder fáctico que les hace ser capaces de afectar arbitrariamente el goce y ejercicio de intereses como los derechos humanos,⁷⁶ resulta interesante tener en cuenta, de forma análoga, criterios de “publicness” o publicidad que, a juicio de Benedict Kingsbury, han de ser observados por aquellos actores que tengan la capacidad fáctica de operar como cuasi-administradores en un espacio jurídico global, con el fin de evitar abusos, facilitar posibilidades de revisión y reclamación, e incrementar las garantías de los afectados y *stakeholders*.⁷⁷

Según Kingsbury,⁷⁸ los criterios en cuestión responden a exigencias básicas del derecho público, y consisten en los siguientes requerimientos que podemos ajustar al ámbito examinado de la siguiente manera: legalidad,

alusiva a una carga de actuar de conformidad con reglas del sistema, lo que supone en el caso de las empresas y los derechos humanos que ellas se comprometan con cumplir con su deber de respeto, tanto frente a expectativas sociales como a exigencias jurídicas y, además de observar este segundo pilar de las empresas y los derechos humanos, también supone que las empresas no emprendan acciones que puedan menoscabar los dos restantes (exigiéndoles, por ejemplo, no hacer *lobby* ni ejercer presión para disminuir controles y recursos de los Estados); racionalidad, o deber de explicar las razones tras las decisiones tomadas por determinado actor, pudiendo efectuar las empresas la promesa de comportarse de esta manera y, yendo más allá de lo exigido estrictamente por el principio, pueden comprometerse a actuar con transparencia y honestidad (por ejemplo, en materia de publicidad o acciones de las empresas de tecnología que tienen a su cargo redes sociales), lo cual favorecerá la posibilidad de que haya un acceso efectivo a remedios y reclamaciones (de nuevo se observa cómo, según ocurre con la legalidad, hay una interrelación entre los tres pilares de las empresas y los derechos humanos y las declaraciones empresariales pueden favorecerlos a todos, no sólo al de respeto empresarial); tener en cuenta consideraciones de proporcionalidad en la toma de decisiones (lo que se relaciona con ponderaciones y **análisis de proporcionalidad** entre principios o derechos, dinámica y requisito que, para algunos autores, se exige incluso en relaciones entre particulares y no sólo cuando actúa el Estado, según ha expuesto Andrew Clapham);⁷⁹ respeto de los derechos humanos (lo que es evidentemente pertinente en el presente estudio) y, por último, el respeto de criterios de legitimidad procesal a la hora de tomar decisiones, que puede (y debe) no sólo ser prometido por parte de las empresas sino también exigido a ellas por los derechos interno e internacional. Esta legitimidad procesal puede manifestarse de diversas maneras relevantes en el ámbito de los derechos humanos, incluso en conexión con conductas exigidas a las empresas, como por ejemplo en términos del deber de efectuar consultas previas o informar a las comunidades afectadas, cuestión que incluso ha tenido en cuenta la Corte Constitucional colombiana como pertinente a la hora de determinar el cumplimiento de la debida diligencia empresarial.⁸⁰

⁷⁴ Estefanía Amer, op. cit., p. 4.

⁷⁵ Vid. nota 27, supra.

⁷⁶ Janne E. Nijman, “Non-state actors and the international rule of law: Revisiting the ‘realist theory’ of international legal personality”, *Amsterdam Center for International Law Research Paper Series*, 2010, pp. 5-16, 40.

⁷⁷ Benedict Kingsbury, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009, pp. 25-26, 28-31, 33, 38-41.

⁷⁸ Ibid., pp. 31-33.

⁷⁹ Andrew Clapham, op. cit., p. 531.

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU123-18, Expediente No. T-4.926.682, Magistrados ponentes Alberto Rojas Ríos y

He realizado la alusión a la legitimidad en conexión con criterios procesales de forma deliberada, en tanto estimo que cuanto mayor sea la percepción de la legitimidad de los procesos de toma de decisiones sobre la conducta empresarial, de las promesas y declaraciones corporativas y de las normas internas e internacionales que regulen directa e indirectamente aquella conducta, mayores probabilidades habrá de que las distintas iniciativas complementarias, incluyendo a los códigos empresariales, sean interiorizados y seguidos por los agentes de las empresas y, además, exigidos y valorados positivamente por terceros. Esto es así toda vez que el grado de legitimidad de un estándar (el cual, según argumentó Thomas Franck,⁸¹ además de ser evaluado en cuanto a dimensiones procesales también puede ser analizado desde un punto de vista sustantivo referente a su contenido) puede incidir en el nivel de obediencia del mismo, según ha sido estudiado por Harold Koh.⁸²

En cuanto a la legitimidad procesal, conviene considerar que se ha dicho que, con respecto a la efectividad, “A code is nothing, coding is everything”;⁸³ y además se ha resaltado la importancia de la participación de empleados y comunidades afectadas en la etapa de monitoreo, lo que se relaciona con “pesos y contrapesos” a la actividad empresarial⁸⁴ y, además, con un incremento de la legitimidad que puede contribuir a una mayor efectividad de los estándares aplicables.⁸⁵ Adicionalmente, en relación

con la percepción de la justificación de los códigos empresariales y su impacto en su observancia, se ha afirmado lo siguiente:

“[M]any standards are either not clearly tied to business integrity or done so rather marginally. Oftentimes, this means employees view standards of conduct simply as additional company policies with little rhyme or reason to them. At worst, employees may see such standards as whimsical and arbitrary. Employees are more likely to see standards that clearly link with business integrity as the right thing to do and good for the business because the standards are appropriately justified [...] Typical linkages may include with: (i) the company’s values, (ii) such generic principles as integrity, honesty, trust or fairness, (iii) an activity’s impact on constituents, including stakeholders, (iv) to potential risks to inappropriate actions, or (v) to external standards, such as industry or legal rules”⁸⁶ (subrayado añadido).

Por otra parte, también se ha dicho que los fenómenos de regulación privada no pueden ser considerados como legítimos si no cumple con objetivos relacionados con ciertas nociones de “justicia”;⁸⁷ y que la legitimidad de los estándares creados por los actores no estatales puede ser examinada desde perspectivas tanto de aceptación social como ética, moral y jurídica.⁸⁸

Junto a los criterios de “publicidad” o *publicness*, y precisamente debido a la posibilidad de que haya exigencias de cumplimiento que provengan de terceros (incluyendo a afectados y activistas), merced a iniciativas de *shaming* y *naming* y a estrategias no confrontacionales de socialización y persuasión,⁸⁹ una segunda categoría de factores que pueden incrementar la efectividad de las declaraciones empresariales sobre derechos humanos se relaciona con la estimulación y no obstaculización de un ambiente de “pesos y contrapesos”⁹⁰ o control de la conducta no estatal, incluyendo la empresarial, que complementa las acciones judiciales (que tienen límites en cuanto a sus tiempos e impacto inmediato frente a múltiples sujetos) e incluso pueda provenir de otros

Rodrigo Uprimny Yepes, 15 de noviembre de 2018, párrs. 13.1-13.9, 16.6, 17.9-17.10, 17.16, 22.10-23.6, 25.5.

⁸¹ Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, 2002, pp. 3-9.

⁸² Harold Hongju Koh, “Why Do Nations Obey International Law?”, *The Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997, p. 2601.

⁸³ Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, op. cit., p. 119.

⁸⁴ César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, pp. 28, 36.

⁸⁵ Steven Weller, “The Effectiveness of Corporate Codes of Ethics”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 7, 1988, p. 391.

⁸⁶ Jason Lunday, “Typical Weaknesses of Codes of Conduct”, *Corporate Compliance Insights*, 17 de junio de 2010, disponible en <<https://www.corporatecomplianceinsights.com/typical-weaknesses-of-codes-of-conduct/>>, última visita: 11 de junio de 2019.

⁸⁷ Steven L. Schwarcz, “Private Ordering”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, 2002, p. 322.

⁸⁸ Anne Peters, Lucy Koechlin y Gretta Fenner, op. cit., pp. 18-19.

⁸⁹ Vid. nota 25, supra.

⁹⁰ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, op. cit., pp. 18, 100, 139, 152, 211, 350, 378.

actores. Entre ellos pueden encontrarse incluso entes pertenecientes a la industria u ONGs, consumidores, grupos de presión, los mismos Estados y otros entes, incluyendo a las propias organizaciones internacionales, que presenten demandas que consistan en exigencias genuinas de hacer lo prometido (“*walk the talk*”) y no en simples reacciones que no sean más que un simple respaldo acrítico y carente de requerimientos. Lamentablemente, tal parece ser el caso del Pacto Mundial en lo concerniente a la remoción del listado de empresas participantes (entre otros aspectos relativos a exigencias), lo que, por tal razón, contribuye a su escaso impacto positivo.⁹¹

Los controles que terceros (estatales y no estatales) efectúen pueden, por ejemplo, poner de manifiesto falsedades en las declaraciones de las empresas, algo que ya se ha verificado en medios de comunicación en el pasado en temas como el origen de productos⁹² y podría también encontrarse en relación con declaraciones sobre desempeño en materia del respeto debido a los derechos humanos. Adicionalmente, el monitoreo por parte de terceros (empleados, etc.) podría suponer, con las adecuadas estrategias, un ejercicio de presión para que un código corporativo adoptado sin gran compromiso por parte de una empresa sea implementado de forma efectiva y, de esta manera, cobre relevancia (la presión puede incluso conducir a la propia creación de códigos o mecanismos de verificación).⁹³ Incluso podría acontecer que se identifique que la perspectiva de una empresa sobre qué supone la aplicación de derechos humanos, cuando tenga una perspectiva primordial que busque maximizar ganancias, no sea robusta o incluso contradiga lo que han dicho órganos y autoridades internacionales. Así, por ejemplo, Amnistía Internacional ha cuestionado ciertas políticas empresariales en territorios palestinos ocupados, aún a pesar de que los respectivos códigos de conducta proclaman el respeto de las normas aplicables o de los derechos humanos.⁹⁴ En un sentido similar, se han cuestionado pronunciamien-

tos (*statements*) empresariales alusivos a la ausencia de un impacto negativo sobre el goce y ejercicio de derechos humanos que no han sido veraces o transparentes (por ejemplo, en materia de toxicidad o contaminación).⁹⁵

Al respecto, puede decirse que los diversos actores que pueden incurrir en este tipo de exigencias frente a las empresas son tanto aquellos clasificados⁹⁶ como teniendo un origen público o privado, local o internacional y con fines de lucro o públicos. En otras palabras, todos los actores, estatales y no estatales, están legitimados para exigir un comportamiento concorde con los derechos humanos, siendo importante permitirles a todos hacerlo para suplir las deficiencias de impacto o alcance que unos y otros puedan tener (por ejemplo, el consumidor puede tener intereses y preferencias en cuanto a costos que le hagan no asumir determinadas posturas; y una empresa puede influir en la conducta de contratantes al exigirles una conducta responsable) y complementarse mutuamente en cuanto a la generación de estímulos al cumplimiento del pilar de respeto por parte de las empresas, que pueden tener deseos de obtener ciertas reacciones y resultados de determinados actores y evitar otros: por ejemplo, para evitar la exclusión del mercado o de negocios con terceros (algo discutido en relación con la llamada *lex mercatoria*) o para mantener u obtener el acceso a financiación o préstamos de determinados fondos, lo cual puede ser un aliciente bastante relevante.⁹⁷ La relevancia del “control” de distintos actores (empresariales o no) en términos de

⁹⁵ Amnistía Internacional, *Injustice Incorporated: Corporate Abuses and the Human Right to Remedy*, 2014, pp. 37, 88.

⁹⁶ Bob Reinalda, “Private in Form, Public in Purpose: NGOs in International Relations Theory”, en Bas Arts, Math Noortmann y Bob Reinalda (eds.), *Non-State Actors in International Relations*, Ashgate, 2001, p. 12-15; Daniel Thürer, “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State”, en Rainer Hofmann (ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 46-47.

⁹⁷ Norges Bank Investment Management, “Human Rights: Expectations Towards Companies”, disponible en <<https://www.nbim.no/contentassets/0ff34e35ba1a44c3b6c2039466ccbec7/human-rights-expectations-document2.pdf>>, última visita: 11 de junio de 2019; Rob Davies, “Norway’s \$1tn wealth fund to divest from oil and gas exploration”, *The Guardian*, 8 de marzo de 2019; “Norges Bank Excludes Evergreen from Pension Fundo ver Scrapping Practices”, *Container Management*, disponible en <<https://container-mag.com/2018/01/18/norges-bank-excludes-evergreen-pension-fund-scrapping-practices/>>, última visita: 11 de junio de 2019; Nicolás Carrillo Santarelli, “La responsabilidad internacional de las empresas por complicidad en violaciones graves de derechos humanos”, en Juan Pablo Bohoslavsky (ed.), *El negocio del terrorismo de Estado: Los cómplices económicos de la dictadura uruguayana*, Debate, 2016, p. 243.

⁹¹ S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, op. cit., 206-207; Estefanía Amer, op. cit., pp. 3, 10-13, 27-28.

⁹² Annie Karni, “Companies Falsely Labeled Products ‘Made in U.S.A.’ Their Financial Penalty? \$0”, *The New York Times*, 5 de marzo de 2019.

⁹³ César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, op. cit., pp. 3, 6, 43-44.

⁹⁴ Amnistía Internacional, *Destination: Occupation. Digital Tourism and Israel’s Illegal Settlements in the Occupied Palestinian Territories*, 2019, Capítulo 7, p. 80.

la verificación del cumplimiento real de lo manifestado en las declaraciones empresariales, o de exigirles la asunción de compromisos y cambios, ha sido puesta de manifiesto por autores como Estefania Amer, quien ha dicho al respecto lo siguiente:

“[I]f civil society organizations, in their watchdog role, checked the COPs’ content and exposed “bluewashers,” they could pressure these business participants to actually “walk the talk” and implement the 10 principles into their operation. Although the UNGC does not allow civil society organizations and individuals to comment on corporate activities on the COPs’ webpage (Sethi & Schepers, 2014), civil society members are already voicing their discontent about some UNGC business participants’ poor ESG records and exercising their role of corporate watchdogs in the Global Compact Critic blog (United Nations Global Compact Critics, 2012) and other communication media [...] although the mandate of the UNGC does not allow the implementation of external monitoring and sanction mechanisms to prevent its participants from “bluewashing,” the role of private actors such as investors in terms of monitoring companies and penalizing those that do not “walk the talk” could actually be the key to promoting the implementation of the 10 principles by the UNGC’s business participants”⁹⁸ (subrayado añadido).

Por último, es posible considerar que un tercer conjunto de elementos que pueden incrementar la efectividad de los códigos y declaraciones empresariales que tengan componentes sobre derechos humanos y sean, así, *complementarios* a otras estrategias, incluyendo a las irrenunciables garantías judiciales (que pueden tener ciertos límites en cuanto a la prevención, salvo frente a medidas cautelares, y a la *culturización*, si no gozan de efectos simbólicos o expresivos en cuanto a su aceptación o influencia generalizada desbordando a las partes del caso concreto), es el concerniente a los aspectos identificados en la sección 1 de este artículo en relación con las exigencias del Principio Rector 16 de los Principios Rectores y otros factores que, pese a no haber sido mencionados en él, si han sido identificados en estudios sobre la efectividad de los códigos empresariales, tales como los referentes a su actualización y concreción y a la coherencia de los directivos, terceros y empleados con ellos.

⁹⁸ Estefania Amer, op. cit., pp. 10-27.

Conclusiones

César Rodríguez Garavito ha defendido una estrategia policéntrica en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, en la que se agreguen mecanismos tanto vinculantes que enfrenten los abusos más graves y las responsabilidades de los Estados, como iniciativas de otra naturaleza, incluso de *soft law*, las cuales a su juicio no deben dejar de ser tenidas en cuenta.⁹⁹

En el presente escrito he defendido una línea argumentativa que coincide con la anterior apreciación y acoge la postura de que la protección de la dignidad humana debe además emplear herramientas de distintos niveles normativos,¹⁰⁰ toda vez que, lejos de considerar que las declaraciones y códigos empresariales deben ser rechazados y han de ser considerados *siempre* como inútiles o problemáticos en el sentido de que distraen frente a iniciativas vinculantes, los estudios sobre ellos sugieren que aquellas iniciativas de naturaleza normativa privada voluntaria pueden tener impactos positivos en términos de la posible generación de una cultura corporativa de respeto y de la creación de pasos concretos que ofrezcan, por ejemplo, mecanismos de reclamación voluntarios no judiciales que no excluyan ni nieguen la posibilidad de acudir a los jurisdiccionales y los complementen, al abordar dimensiones con las que ellos no siempre son capaces de lidiar plenamente.

Cuando ello sea así, la legislación interna e internacional debe apoyar las declaraciones en cuestión, que incluso pueden ser invocadas indirectamente en virtud de efectos relacionados con el principio general de la buena fe y normas internas sobre protección de derechos fundamentales o del consumidor (entre otras), cuando ello sea relevante y aplicable; o sobre debida diligencia.

Dicho esto, las iniciativas privadas no siempre generan los efectos positivos antes referidos, y tampoco constituyen una base suficiente que siempre pueda ser invocada directamente por las víctimas, lo cual podría generar impunidad y vacíos de protección si ellas se considerasen como los únicos estándares posibles *apli-*

⁹⁹ César Rodríguez Garavito, “Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning”, op. cit., pp. 39-, 44-45.

¹⁰⁰ Anne Peters, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009, pp. 535-536, 544; Nicolás Carrillo Santarelli, “Enhanced Multi-Level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods”, *German Law Journal*, Vol. 13, 2012, pp. 834, 861-863, 865-866.

cables directamente a las empresas en términos de derechos humanos. Por tal razón, es menester complementarlas con el fin de proteger la dignidad humana. En consecuencia, no es admisible o justificable ni esgrimir que esto no es necesario, ni argumentar que una regulación de *hard law* necesariamente menoscabará la posibilidad de que las empresas *vayan más allá* de lo exigido en el derecho positivo (interno o internacional) o aborden dimensiones distintas a las responsabilidades de derechos humanos exigidas jurídicamente *de lege lata* o *de lege ferenda* (siendo esto relevante, por ejemplo, frente a la llamada responsabilidad *social* corporativa).

Además, es posible que no sólo la legislación, sino además distintos actores, incluso empresariales y participantes en la industria y el mercado y agentes que otorgan préstamos o certificaciones, como autoridades estatales e internacionales, influyan en una modificación de la cultura y los impactos corporativos a través de sus reacciones, influencia y políticas, incidiendo tanto en cambios *ex ante* como en ajustes generados *ex post facto*, obtenidos estos últimos a través de condenas tanto institucionales como no oficiales que, además de avergonzar e identificar a las empresas responsables, puede desencadenar incluso reacciones como *boycotts* o cambios por parte de las empresas involucradas en un abuso, pudiendo llevarles a suministrar el componente de satisfacción, mediante disculpas o reconocimientos públicos, u otras modalidades de reparación. Esto es crucial, toda vez que es imposible que haya reparación integral si en ella no participan los actores no estatales que se hayan visto involucrados¹⁰¹ en una *violación* (término que prefiero al de abuso, en tanto es más claro en cuanto a la identificación de una inadmisibles transgresión de estándares de derechos humanos y no de un mero acto “inapropiado”).

Por otra parte, es posible que el derecho y terceros actores, o las mismas empresas, sugieran o reclamen la adopción de elementos que pueden incrementar la posibilidad de que las declaraciones empresariales sobre derechos humanos complementen de forma positiva a otro tipo de estrategias. Los factores que pueden ser relevantes a este incluyen la coherencia por parte del sector directivo y de trabajadores y terceros (como los participantes en la cadena de suministro) con lo expresado

en un código corporativo u otro tipo de declaración interna o externa voluntaria (toda vez que se ha encontrado que los “[e]mployees are concerned about standards being applied inconsistently, especially where management is ostensibly sanctioned more leniently”);¹⁰² revisiones periódicas de los compromisos; concreciones y ajustes a la luz de las exigencias y situaciones que enfrentan las empresas; mecanismos para facilitar las acciones de quienes denuncian posibles incumplimientos y protegerles;¹⁰³ o la conformidad con criterios de “publicidad” tales como los referentes a explicaciones (racionalidad), legalidad y revisión de conductas, entre otras posibilidades. En últimas, los códigos empresariales y otras iniciativas pueden tener un impacto en la conducta corporativa, que es tan relevante en el ámbito de los derechos humanos, si están diseñadas de forma adecuada. Esto puede estimularse por los propios agentes corporativos y por terceros, incluyendo al Estado y a actores transnacionales como ONG u otros, que generen dinámicas de persuasión y emulación, entre otras. Al respecto, se ha dicho que:

“The right tone can, among other benefits, better reinforce management’s intentions for the standards, create a more welcoming feel for employees and better connect the standards to the company’s principal objectives and culture.”

Para concluir, me parece conveniente recordar que el análisis de los códigos empresariales u otros aspectos de las empresas y los derechos humanos *no* tiene a las empresas como los verdaderos protagonistas: si lo son, por el contrario, los seres *humanos*, cuya dignidad incondicional debe ser defendida frente a sus abusos actuales y potenciales. El hecho de que las empresas puedan contribuir a su bienestar en algún caso puntual no debe desviar la mirada de la importancia y necesidad de evitar aquellas violaciones, lo cual exige como mínimo reconocer unos estándares vinculantes básicos aplicables a Estados y empresas, sobre cuya base puedan construirse mecanismos y estándares adicionales. La protección efectiva e integral de los seres humanos constituye el objetivo que hay que tener presente al examinar críticamente la legitimidad, efectividad y complementariedad de las manifestaciones de regulación privada voluntaria que provenga de los actores corporativos.

¹⁰¹ Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, op. cit., pp. 4, 7, 366-369.

¹⁰² Jason Lunday, op. cit.

¹⁰³ Steven Weller, op. cit., p. 394.

Referências

- Alan Strudler, “The Power of Expressive Theories of Law”, *Maryland Law Review*, Vol. 60, 2001.
- Alexandra Gatto, “Corporate Social Responsibility in the External Relations of the EU”, *Yearbook of European Law*, Vol. 24, 2005.
- Amartya Sen, “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32, 2004.
- Amnistía Internacional, *Destination: Occupation. Digital Tourism and Israel’s Illegal Settlements in the Occupied Palestinian Territories*, 2019.
- Amnistía Internacional, *Injustice Incorporated: Corporate Abuses and the Human Right to Remedy*, 2014.
- Andrew Clapham y Scott Jerbi, “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 24, 2001.
- Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006.
- Anne Peters, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009.
- Anne Peters, Lucy Koechlin y Gretta Fenner, “Non-state actors as standard setters: framing the issue in an interdisciplinary fashion”, en Anne Peters *et al.* (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge University Press, 2009.
- Annie Karni, “Companies Falsely Labeled Products ‘Made in U.S.A.’ Their Financial Penalty? \$0”, *The New York Times*, 5 de marzo de 2019.
- Antonio Remiro Brotóns *et al.*, *Derecho Internacional*, Tiran Lo Blanch, 2007.
- Barak D. Richman, *Stateless Commerce: The Diamond Network and the Persistence of Relational Exchange*, Harvard University Press, 2017.
- Benedict Kingsbury, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009.
- Bob Reinalda, “Private in Form, Public in Purpose: NGOs in International Relations Theory”, en Bas Arts, Math Noortmann y Bob Reinalda (eds.), *Non-State Actors in International Relations*, Ashgate, 2001.
- Cass R. Sunstein, “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, 1996.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, procedimiento entre Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A (Demandantes) y la República Argentina (Demandada), Caso CIADI N° ARB/03/19, Laudo, 30 de julio de 2010.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, procedimiento entre Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaier Ur Partzuergoa (Demandantes) y la República Argentina (Demandada), Caso CIADI N° ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016.
- César A. Rodríguez Garavito, “Códigos de conducta y derechos laborales en maquilas de México y Guatemala”, *CS*, No. 1, 2007.
- César Rodríguez Garavito, “Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning”, en César Rodríguez Garavito (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Oxford University Press, 2017.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales”, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse”, A/HRC/32/19, 10 de mayo de 2016.
- Consejo de Derechos Humanos, “Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante”, A/HRC/31/50, 5 de febrero de 2016.
- Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar””, A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010.

- Consejo de Derechos Humanos, “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie”, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.
- Corban Addison, *A Harvest of Thorns*, Regulus Books, 2017.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU123-18, Expediente No. T-4.926.682, Magistrados ponentes Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes, 15 de noviembre de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025/04, 22 de enero de 2004.
- Corte Suprema del Reino Unido, *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents)*, Sentencia, 10 de abril de 2019.
- Dana Zartner, “Internalization of International Law”, *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, 2017.
- Daniel Thürer, “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State”, en Rainer Hofmann (ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Duncker & Humblot, 1999.
- David Capie, “Influencing Armed Groups: Are there Lessons to Be Drawn from Socialization Literature?”, en Geneva Call (ed.), *Exploring Criteria & Conditions for Engaging Armed Non-State Actors to Respect Humanitarian Law & Human Rights Law*, Geneva Call, 2008.
- Doug Cassel, “Vedanta v. Lungowe Symposium: Beyond Vedanta – Reconciling Tort Law with International Human Rights Norms”, *Opinio Juris*, 19 de abril de 2019.
- Douglas Guilfoyle, “The Future of International Law in an Authoritarian World”, *EJIL Talk*, 3 de junio de 2019; Umut Özsu, “B. S. Chimni’s “Relatively Autonomous” International Law”, *EJIL Talk*, 27 de diciembre de 2017.
- Elizabeth S. Anderson y Richard H. Pildes, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, 2000.
- Estefania Amer, “The Penalization of Non-Communicating UN Global Compact’s Companies by Investors and Its Implications for This Initiative’s Effectiveness”, *Business & Society*, Vol. I-37, 2015.
- Florian Faust, “Comparative Law and Economic Analysis of Law”, en Matthias Reimann y Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008.
- George G. Brenkert, “Business Ethics and Human Rights: An Overview”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1, 2016.
- George Monbiot, “Advertising and academia are controlling our thoughts. Didn’t you know?”, *The Guardian*, 31 de diciembre de 2018.
- Global Policy Forum et al, “Corporate Influence on the Business and Human Rights Agenda of the United Nations,” Working Paper, 2014.
- Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba – Universidad de Buenos Aires, 2009.
- Harold Hongju Koh, “Internalization through Socialization”, *Duke Law Journal*, Vol. 54, 2005.
- Harold Hongju Koh, “Why Do Nations Obey International Law?”, *The Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997.
- Humberto Cantú Rivera, “National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?”, *Business and Human Rights Journal*, 2019.
- International Law Association, Non-State Actors Committee, Report: Preliminary issues for the ILA Conference in Rio de Janeiro, August 2008, 2008.
- Janne E. Nijman, “Non-state actors and the international rule of law: Revisiting the ‘realist theory’ of international legal personality”, *Amsterdam Center for International Law Research Paper Series*, 2010.
- Jason Lunday, “Typical Weaknesses of Codes of Conduct”, *Corporate Compliance Insights*, 17 de junio de 2010.
- Jeff Joreiman, Richie Liu y Ioannis Kareklas, “Images Paired with Concrete Claims Improve Skeptical Consumers’ Responses to Advertising Promoting a Firm’s Good Deeds”, *Journal of Marketing Communications*, Vol. 24, 2016.
- Jeff Wise, “When the Rules Disappear: How the American fervor for deregulation contributed to the 737 Max crashes”, *Slate*, 21 de marzo de 2019.
- Jim Deloach, “The Code of Conduct – A Cornerstone for Effective Governance”, *Corporate Compliance Insights*, 30 de junio de 2016.

- John F. Sherman III, “Rights-respecting Corporate Culture: Identifying the cultural norms and values that underpin business respect for human rights”, SHIFT, 2019.
- John F. Sherman III, “Rights-Respecting Corporate Culture: Identifying the cultural norms and values that underpin business respect for human rights”, Shift Project, 2019.
- John H. Knox, “Horizontal Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 102, 2008.
- Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman III”, *European Journal of International Law*, Vol. 28, 2017.
- Jordan J. Paust, “The Reality of Private Rights, Duties, and Participation in the International Legal Process”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004.
- Jordan J. Paust, Human Rights Responsibilities of Private Corporations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002.
- Khaled Fayyad, “The Kimberley Process and the Unfulfilled Promise of a Conflict-Free Diamond Industry”, *Seminar on Corporations & International Law*, 2018.
- Khaled Fayyad, “The Kimberley Process and the Unfulfilled Promise of a Conflict-Free Diamond Industry”, *Seminar on Corporations & International Law*, 2018.
- Konstantinos Efstathiou, “An irrational choice: behavioural economist wins Nobel Prize”, *Bruegel.org*, 16 de octubre de 2017.
- Luis Pérez-Prat Durbán, “Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional”, en Victoria Abellán Honrubia y Jordi Bonet Pérez (eds.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público: los actores no estatales: ponencias y estudios*, Bosch, 2008.
- María Carmelina Londoño Lázaro y Nicolás Carrillo Santarelli, “The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and Its Potential Expanding Effects in International Human Rights Law”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 22, 2019.
- Mark S. Schwartz, “Effective Corporate Codes of Ethics: Perceptions of Code Users”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 55, 2004.
- Martin Gebauer, “Unification and Harmonization of Laws”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009.
- Math Noortmann y Cedric Ryngaert, “Introduction: Non-State Actors: International Law’s Problematic Case”, en Math Noortmann y Cedric Ryngaert (eds.), *Non-State Actors Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, Ashgate, 2010.
- Mathias Siems, *Comparative Law*, segunda edición, Cambridge University Press, 2018.
- Michael Kourabas, “Adidas Creates Human Rights Complaint Process”, *Triple Pundit*, 6 de noviembre de 2014.
- Muel Kaptein y Mark S. Schwartz, “The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 77, 2008.
- Nicolás Carrillo Santarelli, “A Defence of Direct International Human Rights Obligations of (All) Corporations”, en Jernej Letnar Čerňič y Nicolás Carrillo Santarelli (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Intersentia, 2018.
- Nicolás Carrillo Santarelli, “Enhanced Multi-Level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods”, *German Law Journal*, Vol. 13, 2012.
- Nicolás Carrillo Santarelli, “La responsabilidad internacional de las empresas por complicidad en violaciones graves de derechos humanos”, en Juan Pablo Bohoslavsky (ed.), *El negocio del terrorismo de Estado: Los cómplices económicos de la dictadura uruguaya*, Debate, 2016.
- Nicolás Carrillo Santarelli, *Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity*, Wolf Legal Publishers, 2017.
- Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, Naciones Unidas, 2011.
- Rainer Arnold, “European constitutional law: its notion, scope and finalities”, en Antonina Bakardjieva Engelbrekt y Joakim Nergelius, *New Directions in Comparative Law* (eds.), Edward Elgar, 2009.

- Rob Davies, “Norway’s \$1tn wealth fund to divest from oil and gas exploration”, *The Guardian*, 8 de marzo de 2019.
- Robert D. Cooter, “Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization”, *Oregon Law Review*, Vol. 79, 2000.
- Roland Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010.
- Ryan Goodman y Derek Jinks, “Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law: A Rejoinder to Roda Mushkat”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, 2009.
- S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, “Developing a framework for critiquing multi-stakeholder codes of conduct”, en Knut J. Ims y Lars Jacob Tynes Pedersen, *Business and the Greater Good: Rethinking Business Ethics in an Age of Crisis*, Edward Elgar Publishing, 2015.
- S. Prakash Sethi y Donald H. Schepers, “United Nations Global Compact: The Promise—Performance Gap”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 122, 2014.
- Sara Blackwell y Nicole Vander Meulen, “Two Roads Converged: The Mutual Complementarity of a Binding Business and Human Rights Treaty and National Action Plans on Business and Human Rights”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 6, 2016.
- Sarah Margaretha Jastram y Jenny Klingenberg, “Assessing the Outcome Effectiveness of Multi-Stakeholder Initiatives in the Field of Corporate Social Responsibility – The Example of the United Nations Global Compact”, *Journal of Cleaner Production*, Vol. 189, 2018.
- SHIFT, “Fulfilling the State Duty to Protect: A Statement on the Role of Mandatory Measures in a “Smart Mix”, 21 de febrero de 2019.
- Steven L. Schwarcz, “Private Ordering”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, 2002.
- Steven Weller, “The Effectiveness of Corporate Codes of Ethics”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 7, 1988.
- The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, “Summary of Sounding Board Consultation Round 1 – Results Elements Paper on the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration”, junio de 2019.
- Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, 2002.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Factsheet – Pilot judgments”, Press Unit, 2019.
- Ugo A. Mattei, Luisa Antonioli y Andrea Rossato, “Comparative Law and Economics”, en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, vol. 1: The History and Methodology of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2000.
- United Nations Global Compact and Office of the High Commissioner for Human Rights, “Embedding Human Rights into Business Practice,” n.d.
- Will Hutton, “The Boeing scandal is an indictment of Trump’s corporate America”, *The Guardian*, 7 de abril de 2019.