

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 72/2 julio-diciembre 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7222024>

ESTUDIOS

IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE DDHH Y EMPRESAS

*Constitutional implications of the guiding principles on
human rights and business*

Ana María Ovejero Puente

Universidad Pontificia de Comillas, España

<https://orcid.org/0000-0002-9072-4912>

<https://doi.org/10.18543/ed.3210>

Fecha de recepción: 16.07.2024

Fecha de aprobación: 14.10.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 72/2, julio-diciembre 2024

<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE DDHH Y EMPRESAS

*Constitutional implications of the guiding principles on
human rights and business*

Ana María Ovejero Puente

Universidad Pontificia de Comillas, España

<https://orcid.org/0000-0002-9072-4912>

<https://doi.org/10.18543/ed.3210>

Fecha de recepción: 16.07.2024

Fecha de aprobación: 14.10.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre 2024

Resumen

Se ha cumplido una década desde la adopción de los Principios Ruggie de Naciones Unidas y corresponde evaluar si el desarrollo de estas nuevas herramientas ha afectado a los sistemas constitucionales tradicionales de protección de los DDHH, bien a través de los instrumentos privados de auto regulación empresarial, o de las reformas en la legislación civil y mercantil sobre responsabilidad social corporativa, en los que se han traducido. Esto permitirá determinar si se han establecido, como se esperaba, unas bases constitucionales a partir del respeto y protección de los DDHH para ordenar la relación transnacional entre ciudadanos y poder económico; o si, por el contrario, seguimos buscando un marco aceptado por todos para la gobernanza de la globalización.

Palabras clave

DDHH, Principios Rectores, Gobernanza de la globalización, Regulación empresarial, diligencia debida.

Abstract

A decade has passed since the adoption of the Ruggie Principles of UN. Consequently, we can evaluate if their internal development in companies has affected the traditional constitutional systems of Human Rights protection. The outcomes will allow us to analyze the resulting social situation (nationally and internationally), and it will help us to determine whether constitutional bases on respect and protection of HR have been established, as expected, to order the transnational relationship between citizens and the economic power; or if, on the contrary, we continue searching for a framework accepted by all, for the governance of globalization.

Keywords

Human rights, guiding principles, globalization governance, business regulation, due diligence.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL TRAS 10 AÑOS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RUGGIE. 1. La excepción de los Estados que actúan como empresas. 2. La desatención a la cuestión constitucional. II. DDHH Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO RUGGIE. III. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE DDHH Y EMPRESAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL. 1. La innovación auto regulatoria frente a las herramientas más tradicionales para exigir el respeto de los DDHH. 2. La limitada capacidad de la Constitución para mantener el monopolio de la creación normativa. 3. La superación del Derecho público por la prevalencia del Derecho privado como instrumento para la ordenación de la economía global. 4. Los sistemas promocionales frente a los sistemas coercitivos de protección de los DDHH. IV. LA PROYECCION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL MARCO REGULATORIO DE LOS DDHH Y EMPRESAS Y SUS CONSECUENCIAS. 1. La colonización de los contratos privados por parte del Derecho de los DDHH. 2. Principios Rectores versus eficacia directa de los derechos fundamentales. V. CONCLUSION. VI. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL TRAS 10 AÑOS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RUGGIE

Se ha cumplido más de una década desde la adopción del marco de referencia para trabajar el respeto de los DDHH en el entorno empresarial. Los Principios Rectores sobre DDHH y Empresas¹, conocidos como Principios Ruggie, señalaron a las empresas transnacionales o multinacionales como auténticos protagonistas en el desarrollo de la globalización económica, y como agentes determinantes para la protección de los DDHH en las relaciones internacionales -y en las relaciones internas- entre ciudadanos y poder económico.

Con motivo de este aniversario, el Grupo de Trabajo sobre DDHH y Empresas, dependiente del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los DDHH, publicó en 2021 un informe de evaluación en el que se analiza el nuevo “esquema regulatorio” dado por los Estados y por las empresas transnacionales, como resultado de estos 10 años de aplicación del marco Ruggie².

¹ Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. ONU (2011)

² X aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos humanos: balance del primer decenio. A/HRC/47/39. Informe del Grupo de Trabajo sobre

Algunas de sus conclusiones revelaron importantes cambios de perspectiva sobre cuáles eran los sistemas más idóneos para garantizar los Derechos humanos (DDHH) en un mundo intercomunicado y dominado por poderes económicos transnacionales, y se pusieron en cuestión los sistemas constitucionales y las herramientas más tradicionales de protección de los derechos fundamentales de las personas, tal y como ya se había advertido con anterioridad (Ovejero *et al*, 2020). Sin embargo, si realmente se busca un desarrollo sostenible y justo de las relaciones entre poder económico y ciudadanos se debería reconsiderar la perspectiva constitucional en el análisis de este fenómeno, volviendo a categorías básicas de protección de derechos ya previstas por el Derecho Constitucional porque, al fin y al cabo, el poder económico y empresarial debe estar igualmente limitado por el respeto a la dignidad de las personas como cualquier otra manifestación de poder, o debería estarlo.

Cuando hablamos de Derecho Constitucional nos referimos a aquel que se refiere a los principios y normas que organizan el funcionamiento del Estado, y los valores, principios y derechos fundamentales de las personas frente al poder. Es decir, el Derecho que establece, a través de la Constitución, cómo se debe ejercer el poder, cuales son los fines del poder, y cuales son sus límites.

El poder privado de las empresas ha demostrado ser capaz de dotarse a sí mismo de reglas de comportamiento internas para el propio funcionamiento empresarial, e incluso, para las relaciones con su cadena de valor, aunque no existiera legislación al respecto, y esta capacidad ha cuestionado el modelo tradicional de gobierno político-social en el que los estados eran los encargados de elaborar y de hacer cumplir las leyes, también para las empresas (Peters, 2007:35). Los estados regulaban el funcionamiento empresarial y las relaciones mercantiles entre personas jurídicas y acordaban internacionalmente entre ellos cómo debían relacionarse cuando sus empresas actúan en el exterior. El rol del Estado en el S. XXI es duramente cuestionado por estos fenómenos, entre otras cosas por su incapacidad frente a los procesos económicos de la globalización. El poder estatal frente al mercado internacional y frente a las grandes compañías internacionales y transnacionales parece diluido, mermado en su capacidad de regular la actuación de sus empresas en el exterior y de proteger a los ciudadanos frente al abuso de poder económico de las empresas extranjeras que operan en su territorio o con sus ciudadanos. En consecuencia, las herramientas tradicionales del Derecho público en general y del Derecho constitucional en particular son también cuestionadas

la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. UN Working Group on Business and Human Rights. Website:<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>. Ginebra, junio de 2021.

porque parecen incapaces de trascender los límites de la territorialidad, o de alcanzar los ámbitos privados en los que se proyecta hoy día la relación entre ciudadanos y empresas. Este es el quid de la cuestión.

Los principios Ruggie surgen tras la gran crisis económica del 2008 para dar respuesta a los gravísimos casos de violaciones de DDHH producidos por empresas multinacionales en países en vías de desarrollo³.

Sin embargo, siguen vigentes a día de hoy, porque el contexto internacional sigue siendo básicamente el mismo, incluso tras haber superado la crisis producida por la pandemia de COVID-19, como consecuencia de la crisis climática, la guerra en Europa, África y oriente medio. Como señaló el Secretario General de las Naciones Unidas, ante el aumento del etnonacionalismo, el populismo, el autoritarismo, cualquier crisis puede servir de pretexto para adoptar medidas represivas y limitativas de los DDHH, y por eso tenemos que seguir avanzando en encontrar los sistemas más eficaces de protección.

El aumento de la discriminación laboral, la incitación al odio a través de las redes sociales, el maltrato a los migrantes, la violencia sexual y de género, la trata de personas, la exclusión del acceso a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos de muchos grupos de población, los conflictos medioambientales y la explotación abusiva de los recursos naturales, la contaminación industrial, etc siguen siendo violaciones de DDHH en las que las empresas multinacionales tienen mucho que decir. Hay que tener en cuenta que, más allá de cuestiones ideológicas, la garantía de los DDHH es también una cuestión económica, de gestión de recursos y de servicios públicos, con impacto en las cuentas públicas y privadas de quienes están sujetos a estas obligaciones o de quienes prestan estos servicios, y que el respeto a los DDHH conlleva el desarrollo una actividad económica y comercial determinada, que tanto los estados como las empresas que operan de forma transnacional deben aplicar. En este contexto, los sistemas constitucionales nacionales de protección de derechos fundamentales se ven evidentemente afectados.

El diseño constitucional del siglo XX fue una solución para ordenar las relaciones políticas entre ciudadanos y estados, y para articular el ejercicio de

³ Casos como el de Rana Plaza en la India, causado por la industria textil; el de la compañía Pacific Rim Cayman en El Salvador por la explotación minera; el desastre causado por la petrolera Shell en la Patagonia Argentina, o las muertes causadas por la multinacional Sygenta en el uso de plaguicidas prohibidos en la India. El CETIM realizó un estudio de todas estas violaciones y lo entregó al grupo de trabajo de ONU en 2018 con estos y otros ejemplos de multinacionales vulneradoras. Ver en Contribución escrita del Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM) del Institute for Policies Studies/Transnational Institute. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/fr/dernières-actualités/contribución-escrita-del-centro-europa-tercer-mundo-cetim-del-institute-for-policies-studiestransnational-institute-y-los-amigos-de-la-tierra-internacional/> (consulta el 4 de febrero 2023).

los derechos fundamentales, la democracia, o simplemente, el diseño de los ordenamientos jurídicos, a partir de la relación entre la Constitución y la ley (Prieto Sanchis, 2013). Esta solución es la que parece no ser ya suficiente porque los fenómenos sobre los que se proyecta la sociedad actual tampoco son los mismos, y es esto lo que, entre otras cosas, está causando una crisis de confianza en la Constitución como sistema de valores eficaz para gobernar la globalización (López Guerra, 2016: 33 y ss). Sea cual sea la causa, a día de hoy, cualquier represión o desatención de los DDHH, sigue teniendo una inevitable proyección constitucional.

Los objetivos planteados en 2011 por el grupo de trabajo de Naciones Unidas, siguen vigentes, porque es necesario establecer unos principios comúnmente aceptados para la protección y respeto de los DDHH, en todos los entornos (sociales, políticos y económicos), que sean universalmente aplicables y que, a su vez, permitan la prevención y la reparación efectiva de cualquier violación, consecuencia de la actividad transnacional del infractor (Fernández Liesa, 2019: 117-147).

El informe de evaluación del 2021 señala importantes avances y el creciente número de compañías que muestran su compromiso con los Principios Rectores públicamente, y desarrollan programas de formación, guías de buenas prácticas, y procedimientos autorregulatorios internos, para garantizar el respeto de los DDHH en sus operaciones empresariales, y para afrontar las posibles repercusiones negativas que esta actividad ⁴. Sin embargo, todavía son muy pocas las que gestionan su responsabilidad hacia los DDHH con solvencia, teniendo en cuenta que el 46,2% de las empresas evaluadas en 2020 por Corporate Human Rights Benchmark (CHRB) no consiguieron ningún punto en los indicadores de diligencia debida.

Es evidente que se siguen produciendo abusos por parte de las empresas en todas las regiones del mundo y en todos los sectores industriales, que dejan desamparados a los trabajadores y a las comunidades directamente afectadas por su actividad. Muy especialmente pueblos indígenas o población en situación de especial vulnerabilidad-, en riesgo extremo de exclusión para las que hay escasas probabilidades de reparación de los daños sufridos. Los sistemas constitucionales en estos casos no han sido capaces de hacer respetar la Ley cuando la actividad empresarial de terceros ha afectado a la vida, integridad física o derechos básicos de sus ciudadanos en sus territorios.

El reconocimiento de la responsabilidad internacional por vulneración de DDHH es también una tarea difícil, porque no existe un foro adecuado para la rendición de cuentas, ni un procedimiento internacional para la imputación

⁴ *Corporate Human Rights Benchmark 2020*, (CHRB) Consultarlo en <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/publication/chrb/>

(forzosa) de esa responsabilidad, en términos jurídicos. Cuando hemos encontrado pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵; o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶, siempre se señala que la responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos cometida por personas jurídicas, es decir, por las empresas, es del Estado, porque es el Estado el que asume la obligación internacional de respetar los derechos humanos y promover su garantía, y porque así aparece en la mayoría de las Constituciones liberales, que son las que establecen mecanismos para su protección y garantía. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de desarrollar mecanismos para exigir el respeto de los derechos humanos a las empresas y si estos mecanismos no son claros o deficientes y permiten la vulneración de derechos humanos, la responsabilidad internacional será del Estado, que es lo que exigieron las organizaciones internacionales creadas al efecto. Con lo cual, la relación entre la protección de los derechos humanos y la obligación de respecto de quienes tienen el poder económico está teóricamente mediatizada por la actuación del Estado y por la ley, sin que el reconocimiento de las empresas como agentes internacionales haya tenido ninguna repercusión en el esquema tradicional. Podemos afirmar, por tanto, que el foro y el procedimiento internacional de exigencia de responsabilidad de las empresas existe, pero está limitado a las obligaciones de los estados y condicionado por los ordenamientos constitucionales nacionales.

La doctrina constitucional no suele estar atenta a la economía, ni a las relaciones privadas. Es la regulación civil y mercantil la que establece límites al ejercicio abusivo de la actividad particular a través de la responsabilidad civil de las empresas. No hay siquiera un lenguaje común que permita el entendimiento entre Constitución y empresas. Si se producen daños por parte de las empresas como consecuencia de su actividad empresarial, es también muy difícil que los titulares de derechos puedan acceder a la reparación o que puedan ejercer de forma eficaz su derecho a reclamarla ante los tribunales nacionales o internacionales, porque no existe una situación real de paridad entre los contrincantes, y esto deforma e impide el ejercicio del derecho a la

⁵ Ver por ejemplo, la sentencia reciente en el caso *habitantes de la Oroya vs. Perú*, Sentencia CIDH del 27 de noviembre del 2023, en la que se ha condenado al Estado peruano por la violación al derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la salud, por los abusos cometidos por el complejo metalúrgico de La Oroya, y por el legado de contaminación ambiental y los graves impactos en la salud de los pobladores de La Oroya causados por las operaciones metalúrgicas de múltiples empresas transnacionales en la región, como la estadounidense Cerro de Pasco Cooper Corporation, la empresa Centromin SA o Doe Run Perú filial de The Reco Group Inc de Estados Unidos.

⁶ Ver el caso *Chipre versus Turquía*. ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, nº 25781/94, Judgment of 10 May 2001, pp. 81.

tutela judicial. Hay déficits graves en los sistemas de acceso a los mecanismos de denuncia y dificultad en la transmisión de información a los afectados (ya sean víctimas o *stakeholders*) lo que entorpece la imputación de responsabilidad, jurídicamente hablado (Fernández-Izquierdo *et al*, 2018).

Frente a esto, la dimensión universal de los derechos humanos trasciende las fronteras nacionales y se realiza también en el marco de una comunidad internacional abierta e inclusiva (Habermas, 2012: pp 93), y esto cuestiona aún más la hegemonía de los estados como sujetos protagonistas en el mundo globalizado, en contraposición con otros actores más relevantes e igualmente poderosos como las organizaciones no gubernamentales, las confederaciones sindicales o las empresas multinacionales (Usakova, 2024: pp 176).

Así las cosas, concurren también, otras cuestiones más específicas que complican el análisis y que no han sido tenidas en cuenta en el informe del 2021. Destacamos dos: los problemas que causa la actividad empresarial de los estados; es decir, el comportamiento de los estados que se comportan como empresas multinacionales, y que operan con la lógica privada empresarial, excepcionando para sí mismos en contextos internacionales, la aplicación de las normas que exigen a las demás empresas; y la desatención de la lógica constitucional, en favor de la lógica internacional, en el análisis de la situación y en la propuesta de soluciones para la protección de los derechos de las personas.

1. *La excepción de los estados que actúan como empresas*

En el mundo económico globalizado los propios estados actúan como empresas, bien como clientes o usuarios, bien como agentes empresariales en sí mismos, ya sea directamente (empresas estatales) o por participación en grandes compañías. Quizá este dato sea esencial para comprender el escaso número de estados comprometidos con los Principios Rectores.

A principios de 2021 había sólo 25 países con planes de DDHH y empresa: 2 con capítulos sobre empresas en sus estrategias nacionales de protección de DDHH y 18 en proceso de elaboración de planes específicos. Los estados están obligados internamente por sus propias constituciones y por los tratados internacionales a respetar y proteger los DDHH, por lo que es difícil explicar el valor añadido que pueden ofrecer este tipo de instrumentos. Además, la mayoría de los estados manifiestan que el problema no son las herramientas o las políticas que impulsan los estados, sino la práctica empresarial real, sobre el terreno, a pesar de los compromisos formales que hayan adoptado frente a terceros.

Los Principios Rectores partían de la obligación que todos los estados tienen (en términos constitucionales) de velar por la protección y el respeto de los DDHH en todas las formas de ejercicio de su actividad, lo que incluía su

actividad como actores y agentes económicos. Y asumían la consideración de la personalidad jurídica internacional de las empresas (Portmann 2010: pp 115-126) y su capacidad para respetar los derechos y responder por sus violaciones ante los órganos nacionales e internacionales competentes (Crawford, 2012), en temas esenciales como: la gestión de las empresas públicas; los créditos a la exportación; los seguros de inversiones oficiales o los criterios de licitación pública, entre otras muchas cosas. Es decir, cuando los estados actúan como empresas también están obligados a integrar la “debida diligencia” en materia de DDHH hacia sí mismos y hacia las empresas con las que se relacionan, asegurando ese respeto en su propia cadena de suministro. Primero, porque proyectan estas obligaciones constitucionales de los estados, a los que sí se reconoce pacíficamente personalidad jurídica internacional, a sus actividades como empresas. Segundo, porque como empresas asumen las obligaciones impuestas desde el Derecho privado y las reglas de comportamiento y cultura propias del mundo empresarial.

Esto debería haber sido también estimulante para que las empresas con las que se relacionan económica, financiera o comercialmente, respetasen los principios rectores (Principios Rectores, 4-6), y para que se generalizara el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las empresas que se relacionan con ellos. Cualquier obligación de respeto que el Estado exija a las empresas privadas, es igualmente aplicable a las empresas públicas o a las empresas semipúblicas en las que participe, y a las empresas que se relacionen con ellas a través de su cadena de valor (Principios Rectores, 8-10).

Al parecer esto no es así y no se han producido los efectos deseados. En el ámbito económico el Estado parece tener dificultades para respetar su marco constitucional propio, es decir las obligaciones de respeto de los derechos fundamentales de las personas, probablemente por cuestiones de competitividad y de coste económico. Y las empresas que se relacionan con los estados se aprovechan de la falta de unanimidad en su consideración como personas jurídicas plenas, en el ámbito internacional para salir inmunes de su responsabilidad. Son sujetos con personalidad restringida, lo mismo que los estados en su faceta empresarial.

A pesar de ello, las políticas económicas y empresariales de los estados son las que más estrechamente están relacionadas con el respeto a los derechos humanos y con el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODSs). Por lo que el cumplimiento de una y de otra debería ser preferente y estar coordinado, porque se trata de compromisos constitucionales al más alto nivel e internacionales.

Los gobiernos no han sido coherentes y por eso el uso de su poder político en la regulación de las relaciones de las empresas con los ciudadanos no ha tenido la autoridad, la legitimidad, ni la fuerza necesaria para su respeto (art.

9 CE) y esto ha sido utilizado por las empresas multinacionales para evitar su control.

La Constitución Económica de un país o, mejor dicho, el modelo económico constitucional de un país, que incluye, necesariamente las garantías y derechos de los ciudadanos respecto de los poderes económicos o del ejercicio de actividades de contenido económico (López Garrido, 1993: 80). El artículo 130 de la Constitución española, el artículo 44 de la Constitución italiana de 1947, o el artículo 81 de la portuguesa de 1976 establecen los principios que deben guiar la relación entre el mundo económico y el ordenamiento constitucional, porque consideran a la economía materia esencial para el desarrollo social. En España, desde la STC 1/1982, de 28 de enero, consideramos que la “Constitución Económica” es el conjunto de normas constitucionales “destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica” (Aranda Alvarez, 2017: 888), en el que se determina quién tiene la legitimidad jurídico-constitucional para adoptar decisiones de contenido económico, y cuales son los límites que se imponen a esa capacidad de decisión, como garantía de cumplimiento de los principios y fines del Estado en el ámbito económico.

El Derecho Constitucional económico es un marco amplio y flexible, y permite distintas opciones en política económica, dentro de la economía de mercado. Faculta al Estado para intervenir el sistema económico y para imponer límites al poder económico (López Guerra, 1983), porque la Constitución no es neutral frente al abuso del poder, y alcanza al poder económico y empresarial. Se debe a unos fines previamente establecidos y al respeto de unos principios fundamentales y de los derechos fundamentales expresamente incluidos en la propia Constitución. La estructura socioeconómica constitucional tiene como misión la consecución de un orden económico y social justo, para asegurar una digna calidad de vida, y garantizar la democracia. En consecuencia, las libertades económicas deben conjugarse con el resto de postulados constitucionales, y de derechos y libertades fundamentales que pueden limitar, condicionar o, simplemente delimitar, el margen de actuación de las empresas (por todas, la STC 108/2014, de 26 de junio) y de cualquier agente económico que actúe como tal, empezando por el propio estado.

En conclusión, el Estado constitucional cuenta con herramientas para impedir el abuso del poder económico y la vulneración de los derechos fundamentales (Bassols Coma, 1988), que puede y debe aplicarse así mismo, a las empresas con las que se relaciona y a las empresas que se encuentran bajo su jurisdicción. Hay que plantearse qué está impidiendo que se utilicen.

Los poderes públicos pueden intervenir en el funcionamiento de la economía y del comercio del país siempre que concurren razones de interés general (arts. 33.3 y 128.2 CE). Y estas siempre van a producirse cuando existe una

violación de los derechos de las personas, como consecuencia de la actividad empresarial.

En el caso español la Constitución afirma incluso que toda la riqueza del país está subordinada a la consecución del interés general (art. 128.1 CE); que los poderes públicos tienen la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica (art. 40.1); o que el Estado, mediante la ley puede realizar la planificación de la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, armonizar y equilibrar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1).

Por lo tanto, las razones por las cuales el Estado desatiende sus obligaciones de respeto a los DDHH cuando actúa como empresa, no son la falta de previsión constitucional. Y tampoco podemos decir que las razones por las cuales las empresas no atienden a sus obligaciones de respeto de los DDHH sean por déficit de regulación constitucional. Existe un régimen económico constitucional que obliga a respetar los DDHH y que justifica que el Estado tenga capacidad y poder legítimo de intervención cuando se atente contra los derechos de los ciudadanos.

El proceso de dirección de la economía y de la sociedad en el S.XXI va a depender de la capacidad que los estados tengan de controlar eficazmente el ejercicio del poder económico de las multinacionales, para que responda a los objetivos de igualdad, justicia y libertad que proclaman las constituciones, evitando abusos o violaciones de los DDHH. Los instrumentos existen, es un problema de uso. Aunque dependen de la capacidad que las sociedades tengan de obligar a sus propios estados y a sus gobiernos para que cumplan con sus obligaciones de respeto de los DDHH cuando actúen como agentes económicos interna e internacionalmente.

Sin embargo, es importante que las empresas vean coherencia en los estados en la aplicación de estos criterios y en el respeto de estos límites porque cualquier excepción auto aplicada que beneficie a los estados, les deslegitimará y dificultará cualquier intervención posterior frente a un abuso empresarial.

2. La desatención a la cuestión constitucional

Siguiendo este argumento, el progreso más importante en materia de protección de los DDHH a raíz de los Principios Ruggie, ha sido, sin duda, la renovación del consenso de todos los implicados (estados, empresas, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos, grupos indígenas, asociaciones profesionales, organizaciones internacionales, grupos científicos, etc), en el

reconocimiento de los DDHH como elemento esencial para el desarrollo económico, y la constatación de que los enfoques voluntarios no son suficientes por sí solos, siendo imprescindibles medidas coactivas para imponer el respeto de los DDHH a las empresas que no quieren voluntariamente asumir sus obligaciones de respeto.

A partir de esta conclusión se produce un nuevo y más sugerente debate sobre qué tipo de coacción es aconsejable, con qué tipo de herramienta se puede exigir el cumplimiento, y qué acciones pueden y deben adoptarse -y por parte de quién- para que la obligación pueda ser efectiva y reclamable, individual o colectivamente. La discusión, así planteada, constata los problemas que el sistema constitucional, y el Derecho Constitucional tienen en las sociedades hiper relacionadas y globalizadas, para poder garantizar los derechos de las personas frente al poder, en este caso, frente al poder económico multinacional de las grandes compañías -tecnológicas, energéticas, financieras, constructoras, etc-. Es también una llamada de atención sobre el peligro que generan los sistemas jurídicos débiles, con reducidas capacidades ejecutivas por falta de medios, o porque son muy rígidos y tienen dificultades para la innovación y la evolución.

Los Principios Rectores han puesto en la agenda pública la reflexión sobre cómo los estados y las empresas pueden y deben trabajar conjuntamente para crear un marco jurídico estable de respeto a los DDHH, que gobierne la globalización económica y comercial, en el que la dignidad de las personas y el medio ambiente sigan siendo lo prioritario. No olvidemos que esto es lo que marca el camino hacia el desarrollo sostenible, la transición verde justa y la recuperación económica responsable, de la que depende la paz, según Naciones Unidas.

Justicia, paz, libertad e igualdad son y han sido siempre principios constitucionales, comunes en todos los sistemas jurídico-constitucionales occidentales (incluyendo los latinoamericanos), y criterios hermenéuticos de interpretación del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, que la gobernanza de la globalización económica asuma que el respeto a los DDHH es esencial para alcanzar el desarrollo sostenible, es también reconocer que los principios de las constituciones liberal-democráticas les son aplicables, y que no son un sujeto político al margen o excepcionado de la regulación constitucional.

Las empresas multinacionales o transnacionales siempre estuvieron sometidas al régimen constitucional. Lo paradójico es que sea ahora cuando nos demos cuenta, gracias a esta iniciativa internacional. Por eso el análisis, la metodología y la lógica constitucional de respeto a los DDHH no ha estado presente ni en este debate, ni en las propuestas de solución.

Los principios rectores han conseguido que el respeto a los derechos se entienda como un objetivo económico, que convive con otros principios

tradicionales propios de la economía empresarial como la rentabilidad, maximización del beneficio, identidad, cultura organizacional, solidez o creación de valor. Y que en el lenguaje constitucional integre términos económicos, y use la sostenibilidad o el desarrollo sostenible para explicar el impacto social de los derechos.

En términos de gobernanza es también interesante es que se nos está mostrando cómo se está produciendo *de facto* una verdadera “gobernanza de la globalización” y el camino que puede seguir el desarrollo de esa gobernanza en un futuro.

En este sentido sabemos lo siguiente:

- a) El respeto a los DDHH de las empresas se desarrolla por medio de regulaciones privadas basadas en sistemas voluntarios de cumplimiento, que prefieren el impulso, el fomento o la estimulación antes que la exigencia, y que están lejos de los sistemas jurídicos públicos tradicionales de exigencia de responsabilidad.
- b) Estas normas se crean por poderes distintos a los poderes políticos del Estado, ya que son las direcciones de las empresas multinacionales las que las adoptan, por procedimientos no democráticos, o no garantizados democráticamente, aunque tienen alcance general (por el número de afectados) e impactan en bienes públicos como el bienestar o la seguridad. No es de extrañar que los altos cargos de estas grandes compañías ejerzan liderazgos muy mediáticos y visionarios, semejantes a grandes liderazgos políticos.
- c) Los nuevos modelos de protección de DDHH prefieren los sistemas privados de ordenación donde prima la relación directa empresa-persona, a los sistemas públicos intervenidos e intermediados por el Estado; y los procedimientos jurídico-privados frente a los procedimientos jurídico-públicos, aunque se trate de trabajar con bienes de interés general, porque son sistemas en los que prevalece el acuerdo entre partes.

La creación de la Ley, la potestad legislativa y la protección de los derechos de las personas son asuntos típicos y propios del Derecho Constitucional relacionados con el sistema de fuentes, con las garantías democráticas y de participación política, con los procesos de creación normativa y de toma de decisión, o con la garantía de los derechos fundamentales frente al ejercicio del poder. Sin embargo, el Derecho Constitucional no está presente en este debate. Los constitucionalistas podemos y debemos hacer autocritica y entender por qué hemos sido excluidos del debate económico. Pero es más urgente que pensemos las repercusiones que este marco privado para la gobernanza de la globalización puede tener en nuestros sistemas

constitucionales públicos y en el diseño de las herramientas de garantía de los derechos fundamentales del futuro, teniendo en cuenta algunos elementos cruciales en la reflexión constitucional, como: la desigual relación entre empresas y particulares y por lo tanto, la desigual aplicación horizontal de los derechos fundamentales (Bilbao, 1997); la limitación territorial de la jurisdicción del Estado, de su legitimidad para el ejercicio del poder extraterritorial (Pérez Royo, 1994: 48 y ss), y las diferencias en la personalidad jurídica de las empresas dependiendo de que actúen interna o internacionalmente.

Partiendo de estas premisas, se plantean una serie de cuestiones que pueden ayudarnos a entender cómo se va a producir la “gobernanza de la globalización económica” desde la perspectiva de la obligación del Estado de proteger, y cómo ésta puede afectar a la responsabilidad de la empresa de respetar, para saber quién, cómo, cuándo y dónde debe regular estas obligaciones hacia los DDHH y garantizar su cumplimiento para conseguir un futuro mejor y más justo.

Las hipótesis de partida que hay que comprobar son las siguientes:

1. Si se ha producido una verdadera innovación auto-regulatoria privada que ha sustituido a las herramientas normativas públicas y constitucionales tradicionales para exigir la responsabilidad de respetar los DDHH. Y si esto ha producido una expansión del Derecho privado (civil y mercantil) que ha permitido controlar el poder económico, porque se haya rebajado la intensidad de exigencia de las obligaciones constitucionales.
2. Si las constituciones han sido incapaces de mantener el monopolio normativo y las empresas han sido capaces de auto regularse introduciendo las obligaciones de respeto en sus propios códigos de conducta y en las cláusulas de sus contratos privados, sustituyendo así la competencia estatal legislativa, por obligaciones contractuales entre particulares.
3. Si los sistemas promocionales del Derecho blando (*soft law*) han resultado más efectivos que los sistemas coercitivos de protección de los derechos para hacer que las empresas cumplan con sus deberes de respeto.

Aunque, antes de discutir todos estos elementos debemos analizar si existe una verdadera proyección de los principios constitucionales en los Principios Rectores, y qué relación existe entre las obligaciones constitucionales de proteger que tiene el Estado y la responsabilidad de las empresas en respetar ese marco y de reparar las lesiones que genere.

La gobernanza de la globalización tiene a los DDHH como límite de cualquier actuación, pero puede ser que esos DDHH sean otros distintos de los

que ya se incluyen en nuestras constituciones, y que, en relación con la globalización, no sea lo mismo hablar de DDHH que de derechos fundamentales.

II. DDHH Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO RUGGIE

Las constituciones nacionales hablan, en sus partes dogmáticas, de derechos humanos a través de su reconocimiento como derechos fundamentales, condicionados por las circunstancias políticas, sociales, históricas específicas de cada comunidad, por el territorio y por los sistemas de garantía que cada Constitución establece para su cumplimiento, de acuerdo con su propia tradición política. Los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” se han utilizado como sinónimos, aunque es bien sabido que no son jurídicamente lo mismo, lo que ha generado frecuentes discusiones académicas. Es verdad que tanto unos como otros reconocen al individuo una serie de facultades frente al Estado, y los dos ofrecen protección y garantías para poder ejercerlas y llevar una vida plena y digna, frente al ejercicio del poder político y frente a los demás. Lo que los diferencia no es, jurídicamente hablando, el contenido de los derechos, es decir, el haz de facultades que reconocen a las personas, sino su lógica distinta de realización y de protección.

Asumimos pacíficamente que las Constituciones, y en concreto el reconocimiento y protección que éstas daban a los derechos fundamentales, era un elemento constitutivo del pacto político, que protege la dignidad humana en una comunidad política formada por ciudadanos libres e iguales, frente al Poder. Por lo tanto, eran las Constituciones -en términos materiales y formales- las que determinaban lo que podían y debían hacer los estados en ejercicio de ese poder, para respetar y proteger estos derechos, frente a la acción del propio Estado o de terceros, ya fueran estas personas individuales o personas jurídicas, bien directamente, bien a través de la Ley (Perez Tremps, 2016).

Por su parte, el Derecho internacional de los DDHH aunque reconoce y protege básicamente el mismo contenido subjetivo de los derechos, utiliza herramientas internacionales de relación entre estados para garantizar su eficacia únicamente frente a los abusos del poder del Estado (López Guerra, 2020), o con la intermediación del Estado en los casos de violaciones entre particulares.

La Constitución, como fuente del Poder político y como delimitación de la forma del poder (Rubio Llorente, 2012), ofrece garantías más eficaces que el Derecho Internacional porque son frente a todos y no solo entre los estados.

Hay que tener en cuenta, además que para que el Derecho internacional sea vinculante, requiere la integración de las obligaciones internacionales en los sistemas constitucionales, por lo que sus efectos jurídicos dependen también de su efectivo amparo constitucional para impedir las violaciones privadas de los derechos.

En el mejor de los casos, los sistemas internacionales cuentan con tribunales (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte interamericana de Derechos Humanos), con facultades para obligar a los estados a reparar económicamente a los afectados por los daños producidos por terceros, pero sin capacidad para realizar un auténtico control interno en el uso del poder estatal (Ferrajoli, 2001) y sin poder imputar a los terceros directamente la responsabilidad por las vulneraciones de derechos cometidas. Esta es la diferencia entre “Derechos Humanos”, contexto internacional, sistema laxo de garantía; y “derechos fundamentales”, contexto nacional, sistema constitucional y normativo de garantía.

Para algunos autores la verdadera aportación de los Principios Rectores es que han sido capaces de crear un lenguaje común que sintoniza los términos “DDHH” y “derechos fundamentales”, y que supera la discusión, proporcionando un criterio acordado a nivel mundial sobre el mínimo común denominador de la obligación estatal de proteger los DDHH, que trasciende los límites constitucionales y que pone más el acento en el contenido de los derechos que en su forma de protección. Gracias a ello podemos saber lo que deben/pueden hacer los estados para proteger y respetar respectivamente estos derechos y la dignidad de las personas, en contextos empresariales, en todos los territorios, independientemente del alcance de la protección nacional (a través de la Constitución) que los ordenamientos internos ofrezcan a los derechos.

Para el profesor Ruggie, los Principios Rectores han servido para recordar a los estados sus viejas obligaciones constitucionales en materia de protección de los DDHH en relación con las empresas, y han aclarado la responsabilidad de las propias empresas de respetar los derechos fundamentales, incluso cuando los estados no están a la altura de sus propias obligaciones constitucionales (Ruggie, 2013) y carecían de un ordenamiento jurídico adecuado, con medios efectivos de cumplimiento. A esto nos referimos cuando afirmamos que los Principios Rectores han hecho posible un diálogo entre “DDHH” y “derechos fundamentales” gracias al uso de un lenguaje común, que entienden tanto los actores privados, como los estatales, que supera las especificidades constitucionales de cada Estado, y que universaliza el alcance y contenido de las obligaciones del Estado y de las empresas, antes totalmente sometido por la territorialidad (Ruggie, 1993: 139-174). Se podría afirmar, entonces, que cuando hablamos de la gobernanza de la globalización, los términos derechos fundamentales y DDHH son equivalentes, y por

eso, el fundamento y límite del ejercicio del poder económico debe ser el contenido protegido por los derechos, y no su sistema de protección.

Los principios rectores no se plantean problemas dogmáticos, ni entran en el análisis de las fuentes de legitimidad para la actuación del Estado sobre las empresas. Solo ha facilitado un punto de encuentro que, a pesar de proyectarse sobre relaciones “internacionalizadas” entre personas, empresas y estados, permite que trabajen los poderes tradicionales del Estado, para organizar las relaciones económicas y comerciales allí donde se producen, bajo la obligación de respeto de la dignidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Al hacer equivalentes unos y otros, los Principios Rectores han encontrado una vía para **superar los problemas causados por límites territoriales de la proyección constitucional sobre la garantía de los derechos fundamentales**. Eso es una importante novedad para la gobernanza de la globalización desde un punto de vista constitucional.

III. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE DDHH Y EMPRESAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

A partir de aquí, ya podemos examinar las 3 hipótesis de partida sobre la gobernanza de la globalización económica, y las obligaciones estatales y empresariales de respeto de los DDHH para conseguir un futuro mejor y más justo.

1. *La innovación auto regulatoria frente a las herramientas más tradicionales para exigir el respeto de los DDHH*

Los sistemas constitucionales establecen la forma de garantizar el cumplimiento de la Ley, el respeto de la Constitución y de los DDHH, como derechos fundamentales. Así aparece, por ejemplo, en el artículo 9 de la Constitución española, en el artículo 20.3 de la Constitución alemana o en el artículo 5 de la Constitución francesa. Sin embargo, en muchas ocasiones el respeto de la Ley y, por lo tanto, de los derechos, depende de los recursos económicos con los que cuentan los gobiernos para perseguir la violación de los derechos y exigir responsabilidad: el personal de inspección, la organización de los servicios públicos de rendición de cuentas, la eficacia del propio poder judicial y el buen funcionamiento de los sistemas internos de justicia son determinantes en este sentido.

Si esto es común a todos, es especialmente relevante en los que llamamos estados débiles (Migdal, 2012), en los que no hay garantía del imperio de la Ley y aparecen grupos con intereses privados que ejercen militar o económicamente su capacidad de imposición sobre los ciudadanos, dejando la

Constitución y la ley como ideales al margen de la realidad (Fukuyama, 2004). La capacidad ejecutiva del Estado frente a las violaciones de derechos causadas por empresas y los sistemas de rendición de cuentas están condicionadas por el diseño jurídico-constitucional interno; por los recursos económicos estatales para asegurar sistemas ejecutivos eficaces y por los tiempos de tramitación de los procedimientos. El Estado de Derecho necesita sistemas garantistas y lentos, que se regulan por Ley y que requieren ingentes recursos económicos para perseguir, enjuiciar y posteriormente ejecutar o sancionar el incumplimiento de la ley. Los negocios necesitan sistemas ágiles, dinámicos, en los que no importa tanto determinar la culpabilidad o responsabilidad, sino gestionar adecuadamente las consecuencias del cumplimiento y absorber la cuantía económica de las sanciones o de las indemnizaciones por reparación. Ante esto, los Principios Rectores pusieron en valor la facultad auto regulatoria empresarial, y su capacidad contractual como métodos válidos para conseguir el objetivo de respeto de los DDHH, de forma más ágil y dinámica.

Las empresas crean normas internas que se exigen a los empleados y a los terceros con los que se relacionan (*stake holders*). Su inobservancia puede llegar a ser sancionada con la ruptura laboral o contractual. También crean expectativas de cumplimiento de esa regulación hacia el exterior, que inciden en la relación de confianza con inversores, financiadores, aseguradores etc, y que una vez publicadas y dadas a conocer pueden llegar a transformarse en reglas de conducta vinculantes y exigibles extracontractualmente que pueden reclamarse por vía de la responsabilidad extracontractual.

Así nació la diligencia debida, o la regulación para la revisión legal en los procesos de fusiones y adquisiciones (Hernando Cebriá, 2008), que inicialmente se aplicaba en los protocolos internos de valoración del riesgo en las operaciones de compra venta de empresas o en las de inversión, y en el control interno de la actuación de la empresa frente a terceros, para calcular el valor de la operación y la viabilidad del negocio, pero que pronto fue trasladada a la legislación mercantil y a la legislación financiera.

En este contexto, llega un momento en el que las violaciones de DDHH pasan a ser consideradas riesgos económicos o financieros de las empresas sobre las que hay que aplicar las reglas de diligencia dando cuenta a los inversores para que confíen en la sostenibilidad del negocio y en la baja probabilidad de tener que hacer frente a indemnizaciones muy gravosas para la empresa que pudieran cuestionar la solvencia de la empresa y su viabilidad en el futuro. Las empresas comienzan a necesitar procesos de evaluación del riesgo en DDHH e incorporarlos en los sistemas de valoración existentes. Aquella empresas con alto riesgo de causar daños medioambientales o en los derechos humanos de las comunidades con las que se relacionan tienen una menor valoración porque tienen riesgo de incurrir en costes económicos

altísimos, o de asumir indemnizaciones millonarias, si finalmente se produce el daño, por eso sus inversores y aseguradores evalúan estos riesgos para revalorizar los negocios con ellas, y es esta evaluación la que las obliga a adoptar medidas de prevención, y planes de respeto de los derechos humanos.

La diligencia debida en DDHH es lo que lleva a las empresas a establecer reglas internas de comportamiento, fijar principios y objetivos de actuación, y adoptar medidas de detección temprana del peligro para evitar que estos riesgos acaben con la empresa. Son pautas internas de conducta, guías de buenas prácticas, protocolos y procedimientos de actuación, de denuncia, de control, etc voluntarias y propias de cada empresa, que una vez adoptadas e incorporadas en los documentos de diligencia y en los documentos de gobernanza corporativa (*corporate governance*) adquieren un importantísimo papel frente a terceros, porque crean obligaciones de cumplimiento y pueden generar responsabilidad jurídica.

Esta idea es la piedra angular sobre la que se asientan los principios Ruggie y la responsabilidad empresarial de respetar los DDHH, que coincide, además en el tiempo con la nueva filosofía de gestión ética y de responsabilidad social corporativa, que al cabo de unos años se demostró como un método más útil y barato para los estados que el costoso sistema de imposición estatal y de ejecución del ordenamiento jurídico a través de los sistemas de inspección, fiscalización, enjuiciamiento y ejecución con las empresas multinacionales (Devinney, T. M., Schwalbach, J., & Williams, C. A. (2013) pp: 413-419).

El sistema es originariamente privado y depende de la iniciativa de las empresas que quieren comprometerse y de la exigencia y concienciación de sus grupos de interés -y de los ciudadanos que están en contacto con ellas-, que son los que reclaman el compromiso. Cuando los estados vieron su potencial empezaron a incorporar el sistema en las normas creadas por las organizaciones internacionales relacionadas con el comercio internacional⁷, y después en el ordenamiento nacional a través de la legislación mercantil sobre funcionamiento de las empresas⁸.

⁷ La diligencia debida en materia de derechos humanos aparece en la norma ISO 26000, en la Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales de la OIT de 2017. Es también referencia para el Pacto Mundial de ONU y organizaciones tan variadas como la FIFA, el COI, el Banco Europeo de Inversiones, la Corporación Financiera Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo asumen estos principios de diligencia debida en DDHH en sus políticas internas y en su relación con grandes entidades financieras como el Banco Mundial o el Banco Africano de Desarrollo.

⁸ Francia (Ley de deber de vigilancia de 2017); Países Bajos (Ley de debida diligencia en materia de trabajo infantil 2017), Alemania (Ley sobre la debida diligencia corporativa en las cadenas de suministro 2021), Noruega (Ley de transparencia empresarial y trabajo con derechos humanos básicos y trabajo decente. 2021) ya tienen legislación

Al principio, solo para asuntos de gran repercusión (medioambientales, laborales, etc) en sectores industriales especialmente sensibles y de alto impacto social o medioambiental (energía, producción textil, minería, agricultura, etc). Más tarde las normas sobre diligencia debida se introdujeron en las Leyes de transparencia para el sector privado, obligando a las empresas a adoptar medidas de control sobre toda la cadena de valor cuando hacían negocios con los estados, para evitar la corrupción, ampliando así el objeto y el espectro de negocio afectado por las obligaciones de respeto a los DDHH.

Las leyes de transparencia son muy amplias, porque afectan a partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales, y a grandes entidades privadas y a medianas empresas en relación económica con el Estado. Por eso permitieron asentar la cultura de publicidad activa y de suministro de información sobre la actividad empresarial para terceros, y la trazabilidad de la responsabilidad de las empresas matrices sobre las empresas con las que se relacionaban en su cadena de producción y suministro como actividad habitual.

Las leyes de transparencia obligaban a las empresas a publicar información de tipo institucional, organizativa y de planificación, así como información económica y presupuestaria. También debían aportar información sobre los contratos, convenios, subvenciones, cuando hubieran sido acordados con alguna entidad de la administración pública (Amoedo Barreiro, 2015). Para cumplir con estas obligaciones de información las empresas tuvieron que asumir cambios en su organización interna, y comenzaron a introducir pautas de comportamiento contra la corrupción que implicaban importantes dosis de ética empresarial ⁹.

Se consolidan así los conceptos de buen gobierno corporativo, los códigos de buen gobierno empresarial y la responsabilidad social corporativa, como instrumentos para canalizar las relaciones en el campo de la dirección, organización, gestión y control de la actividad empresarial, y se extiende la concepción de las empresas como entramados de relaciones no solo con

en vigor que recoge estos extremos. Otros países como Austria (proyecto de Ley de Responsabilidad Social en el sector textil 2020), Luxemburgo, Finlandia, Reino Unido o Suiza tienen legislaciones en estudio o en fase de proyecto.

⁹ Ver para ampliar estos datos el informe de Transparency Internacional España, Ley de Transparencia y grandes empresas en España (2017) sobre la Ley española 19/2013 de 9 de diciembre, transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Y los antecedentes de esta regulación en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público. Y, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

propietarios, directivos, agentes y trabajadores, sino con todas las partes o grupos interesados en la existencia, actividad y marcha de la empresa (Lizcano (2006): pp 21), incluida la sociedad en su conjunto. El buen gobierno de las empresas implica por parte de las propias compañías asumir que existe una responsabilidad social en lo que hacen, reconociendo que la sociedad también se ve beneficiada o perjudicada por la actividad empresarial, que deja de ser un asunto exclusivamente privado y pasa a ser reconocida como crucial en la consecución del interés general, reservado hasta entonces a la política.

En la última década, la evolución en la regulación de la diligencia debida ha llevado a muchos estados a legislar sobre los procesos de diligencia, ampliando el alcance de las obligaciones de las empresas a las cadenas de valor e incorporando los DDHH en la metodología y en la legislación sobre gestión empresarial.

Se vincula el respeto de los derechos con las prácticas de buen gobierno empresarial, con la responsabilidad social corporativa y con los deberes de información y transparencia, y se incorporan instituciones estatales de control, y un sistema sancionatorio con multas económicas, a la vieja usanza, en caso de incumplimiento de las obligaciones de reporte. De hecho, se ha defendido que todos los avances en materia de derechos humanos y medioambiente en el plano internacional debían estar asociados con la evolución y transformación de la legislación interna y de los ordenamientos jurídicos nacionales, y por eso muchos cambios en la legislación civil y mercantil de todos los países del mundo han sido impulsados por el Derecho Internacional.

La Ley sobre el Deber de Vigilancia de las Empresas Matrices y de Subcontratación, aprobada en Francia en 2017, es la primera medida nacional que regula específicamente la diligencia debida en DDHH para todos los sectores industriales¹⁰. Obliga a las empresas a analizar y gestionar los impactos adversos de sus actividades en las personas y en el medioambiente, y a publicar anualmente estos planes de vigilancia, incluyendo a las compañías que se encuentren bajo su control directo como proveedores o subcontratas, con quienes mantengan una relación comercial regular (Ushakova, 2020: 192).

La Ley alemana de la cadena de suministro (LkSG 2021) exige a las grandes empresas que tomen medidas para garantizar que se cumplen las normas sociales y medioambientales alemanas en todas su cadena de suministro, controlando sus propias operaciones y sus proveedores directos, independientemente del lugar del mundo donde se encuentren. Se les obliga a

¹⁰ Loi no 2017-399, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», de 27 de marzo de 2017

tomar medidas si detectan riesgos o violaciones consumadas que afecten a la sostenibilidad. En 2023 se comenzó a aplicar a empresas con sede en Alemania, o a empresas extranjeras con sucursales registradas en Alemania, con más de 3.000 empleados. A partir de este año 2024 se aplica también a empresas medianas con más de 1.000 empleados. La ley exige a las empresas a identificar, evaluar, prevenir y remediar los riesgos, e incluso, a adoptar medidas para que los trabajadores de los proveedores indirectos puedan presentar quejas sobre las violaciones sociales o ambientales que detecten. Estos riesgos evaluables incluyen: Trabajo forzoso, trabajo infantil, discriminación, violaciones a la libertad sindical, empleo poco ético, condiciones de trabajo inseguras o degradación del medio ambiente. Si las empresas no cumplen con la ley se prevé un sistema sancionatorio que contempla multas, o la exclusión de la adjudicación de contratos públicos en Alemania durante un máximo de tres años. Como veremos, muchas de estas medidas han sido adoptadas en 2024 por la legislación europea.

Otro ejemplo, es **Países Bajos**. Su desarrollo legislativo vino inicialmente de la mano de la protección a la infancia y la lucha contra el trabajo infantil, aunque el objetivo real fue proteger a los consumidores y consumidoras holandesas. La primera ley que se aprobó en materia de diligencia debida fue la **Ley sobre Debida Diligencia en relación con el Trabajo Infantil 2019**, que obliga a detectar la existencia de trabajo infantil en todas las empresas relacionadas con empresas holandesas a lo largo de sus cadenas de suministro y que, en caso afirmativo, desarrollen planes para evitarlo. Se pretende con ello prevenir que productos o servicios que hubiesen sido producidos con mano de obra infantil lleguen a los consumidores en Holanda. Las empresas también están obligadas a presentar una declaración a las autoridades regulatorias sobre el proceso de debida diligencia en relación con el trabajo infantil que implica a toda su cadena de producción.

Este reporte no debe ser entendido como una obligación de información administrativa, sino una forma para garantizar que se introducen sistemas de debida diligencia en todas las empresas relacionadas y que se garantiza la transparencia en la gestión empresarial. Se prevé un régimen sancionatorio con multas económicas que se van elevando si reiteradamente se incumple con el deber de información o con las instrucciones o términos de ejecución impuestos por la autoridad regulatoria. La ley prevé también una autoridad administrativa de control, que determina cuando el proceso de debida diligencia no corresponde con la ley, y que puede imponer medidas de obligado cumplimiento a las empresas y un periodo de tiempo para su ejecución. Si la empresa reitera en el incumplimiento y es multada dos veces en 5 años, puede derivar en responsabilidad penal para el cargo directivo responsable.

Otros países, como **Italia, o Noruega**, cuentan también con propuestas legislativas sobre diligencia debida en DDHH y/o trata de personas y/o

medio ambiente. En **Suiza**, por ejemplo, fue una iniciativa popular de recogida de firmas la que instó al gobierno para que convocara un referéndum en relación con la debida diligencia en materia de derechos humanos de las multinacionales. La iniciativa fue sometida a referéndum en noviembre del 2020, y aunque obtuvo una mayoría de votos a favor (50,7%), no logró la mayoría de los cantones suizos, por lo que finalmente no fue adoptada.

España, siempre ha mostrado un fuerte compromiso por el respeto de los DDHH como parte esencial del pacto constitucional desde 1978 que se materializa a través de su adhesión a los principales instrumentos internacionales (DUDH y CEDH), y otras normas internacionales laborales (incluyendo el Programa de Trabajo Decente a escala internacional), o de protección del medio ambiente (Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático 2015, el Convenio sobre la Diversidad Biológica o la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación).

Cuando, en septiembre del 2015 España se compromete con el cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/70/1), ya había una legislación en materia de transparencia, inicialmente sectorial, que culminaba en la Ley 19/2013¹¹ y que servía como fundamento para el cambio de paradigma en la gestión empresarial y la introducción de la filosofía de la ética social en los negocios. Entonces, ya se había producido el reconocimiento generalizado del peso e influencia de las empresas en las relaciones comerciales mundiales, y su poder sobre las personas, comunidades y ecosistemas sobre los que desarrollaba su actividad. Faltaban las medidas y los cambios en gestión empresarial que conllevaba el nuevo modelo.

El compromiso español con los Principios Rectores de la ONU se reflejó más claramente en el Plan de Acción en materia de Derechos humanos y empresas de 2017¹², en el que ya se contemplaban algunas actuaciones y políticas concretas a desarrollar por el Gobierno en esta materia, dentro de una estrategia más amplia que incluía la aprobación de una Proposición de Ley sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos (aprobada el 21 de mayo de 2013 por el 90% de los diputados del Congreso), que derivó en la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas (2014-2020), aprobada por el Consejo de Ministros el 24 de octubre de 2014. Este documento contemplaba un concepto de responsabilidad corporativa amplio que incluía cualquier impacto que las empresas pudieran producir en la

¹¹ Ley 19/2013 de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE nº 295 de 10/12/2013).

¹² Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, B.O.E. núm. 222, de 14 de septiembre de 2017.

sociedad, aunque sería el Estado español el que asumiría la responsabilidad de proteger frente a las violaciones y abusos cometidos por terceros y por tanto, no imponía ningún compromiso para las empresas ni instrumentos para exigir la responsabilidad, ni mecanismos de reparación¹³.

El plan asumía también las recomendaciones de la Estrategia Renovada de la Unión Europea sobre Responsabilidad Social de las Empresas (RSE) 2011-2014¹⁴, y comprometía a las empresas, las administraciones públicas y al resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Se incluían objetivos dispares como la generación de empleo, o la promoción de modelos de gestión sostenible que ayuden a las empresas a ser más competitivas, o que impulsen la marca España y la credibilidad internacional del país, con medidas propias de protección de los derechos. Lo destacable es que se pretendía identificar, prevenir y eliminar los impactos negativos de la actividad empresarial no tanto para garantizar una protección eficaz de los DDHH de las personas con las que se relacionan las empresas españolas, sino para crear más valor, tanto para la propia empresa como para sus grupos de interés.

Los pilares de esta política española eran el fomento de la responsabilidad social de las empresas, la transparencia y la voluntariedad, y requería un compromiso por parte de las empresas a cambio de obtener un valor añadido al cumplimiento de la normativa. Eran medidas dirigidas claramente a impulsar el desarrollo de prácticas responsables, no a exigir las. Por eso, la Estrategia Española de RSE fue muy criticada por sindicatos y ONG's ya que sus propuestas no se llegaron a implementar en el periodo previsto. Cuando en 2015 el escenario global evolucionó impulsado por los movimientos sociales en materias como igualdad o medio ambiente, aparecieron nuevos casos de violaciones de DDHH en América latina, en Asia y en África, que aceleró los trabajos del parlamento europeo para regular la actividad de las multinacionales europeas, aunque ya se habían producido cambios importantes en la legislación interna de las principales potencias europeas. Se generalizó la idea de que la voluntariedad no era suficiente y de que la debida diligencia debía estar respaldada por sistemas estatales de obligado cumplimiento con capacidad ejecutiva.

En la actualidad se está trabajando en la elaboración de una ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales, aún en fase de anteproyecto, que sí pretende

¹³ Consejo Económico y Social, Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas 2014-2020. https://www.ces.es/documents/10180/2153922/Cauces_28_pp108-109.pdf (fecha de consulta 16/10/2024)

¹⁴ Estrategia Renovada de la Unión Europea sobre Responsabilidad Social de las Empresas (RSE) 2011-2014 (COM/(2011)/068).

regular con carácter vinculante y general la obligación de las empresas españolas y de aquellas que operan en el mercado español, de respetar los derechos humanos y medioambientales en el conjunto de actividades de toda su cadena de valor y aportar seguridad jurídica a las relaciones entre estados miembros de la Unión Europea, para evitar la competencia desleal. Su intención es establecer las responsabilidades de las empresas de respeto de los DDHH y del medioambiente en el conjunto de sus actividades y en su cadena de suministro, incluyendo la obligación de llevar a cabo procesos de diligencia debida, así como garantizar el acceso a las víctimas a la justicia y a la reparación (Aguaman, 2022). Pero lo más destacable es que el Anteproyecto prevé establecer un sistema de control y rendición de cuentas y un régimen sancionatorio público para aquellas empresas que incumpliesen las obligaciones establecidas en la ley.

La propuesta española quedará afectada por la transposición de la nueva Directiva Europea 1760/2024 que analizaremos más adelante, pero nos permite ver como en el caso español también se ha asumido un modelo tradicional de regulación de la diligencia debida a través de la Ley mercantil, para asegurar el comportamiento empresarial respetuoso con los DDHH. El sistema voluntario y privado anterior se complementa con un sistema de rendición de cuentas público y con sanciones estatales para asegurarlo (Durán 2022). La idea de regular la diligencia debida en materia de DDHH para controlar los abusos de las empresas ha sido llevada por parte del Estado español a otros ámbitos, como el anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la explotación de seres humanos (abril 2024) que también incorpora la diligencia debida en materia de DDHH para las empresas en los contextos productivos, más allá de la mera regulación penal del fenómeno.

En definitiva, del análisis comparado de estas legislaciones podemos concluir que la regulación de la diligencia debida, que es el elemento clave con el que se garantiza el respeto de los DDHH por parte de las empresas, ha pasado del ámbito estrictamente privado al ámbito público, porque los estados han decidido utilizar sus poderes y competencias para conseguir los objetivos de respeto de los derechos. La cultura creada por los sistemas privados anteriores ha permitido de una forma más flexible y más dinámica alinear la gestión empresarial con el respeto a los DDHH, aunque no ha sido suficiente.

El elemento común en todas estas regulaciones es que se inician con la estimulación y las medidas de fomento empresarial en el ámbito privado, para no perjudicar la competitividad de las empresas, pero se terminan con sistemas de control y rendición de cuentas públicos, con regímenes sancionatorios más o menos innovadores (desde las tradicionales multas, hasta la restricción a la contratación pública o a la realización de servicios públicos) para casos de incumplimiento. No se ha producido la creación *ex novo* de herramientas privadas de cumplimiento voluntario, sino que las herramientas de

cumplimiento tradicionales ya previstas en las Constituciones de todos estos estados y la legislación civil y mercantil, pospuso la aplicación del Derecho más fuerte para conseguir otros objetivos económicos. Si los estados han preferido dejar que se extendieran las vías privadas de estímulo empresarial y no a vías coactivas para obligar a las empresas al cumplimiento de la ley, no ha sido por falta de herramientas constitucionales de cumplimiento, sino por falta de voluntad política, por miedo a que este tipo de acciones mermara la competitividad de las empresas en el comercio global, o por la persecución de intereses económicos. Siempre se ha contado con los medios tradicionales de cumplimiento de la ley para hacer efectivas las obligaciones de respeto de los DDHH. Quizá por ello algunos autores como Chantal MAK criticaron estas primeras regulaciones de la responsabilidad social corporativa por no propugnar cambios importantes respecto a los sistemas anteriores de exigencia de responsabilidad empresarial (Mak, 2022: p 301-303).

Todas estas regulaciones inspiraron en unos casos, y consolidaron en otros, la nueva cultura de la ética empresarial socialmente responsable. Sin embargo, hasta que no se produjo un consenso internacional en la necesidad de mejorar estas regulaciones privadas con medidas legislativas para su efectividad, las empresas trasnacionales, especialmente las de mayor tamaño y riesgo, no ajustaron verdaderamente su estrategia empresarial al respeto de los DDHH, ni incorporaron medidas operativas para dar cumplimiento a sus propios compromisos.

Hay que tener en cuenta que a finales del año 2010 la responsabilidad social corporativa había quedado reducida a una herramienta de análisis de software sobre funcionamiento interno, o a certificados y etiquetados llamativos, sin que se llegaran a tomar las decisiones estructurales en las empresas que permitieran reflejar en sus productos y servicios su alineación con estos criterios.

Por otro lado, los problemas de incumplimiento no se suelen producir en las empresas matriz, que son las que realmente pueden controlar los estados, sino en los segundos y terceros escalones de subcontratación, en empresas que no pueden adoptar una estrategia acorde con estos principios y que no están preparadas para adoptar medidas que eviten los impactos negativos de su actividad, o que no están capacitadas para identificarlos, preverlos y mitigarlos, y que se encuentran, además, en países con sistemas jurídicos débiles, incapaces de perseguir y remediar las violaciones de derechos. En estos casos la capacidad del Estado para hacer cumplir su Ley es insignificante.

La regulación de la diligencia debida para el riesgo de violación de DDHH que desarrollaron las empresas resultó más una técnica de ventas, y la legislación civil y mercantil que la desarrollaba tuvo un alcance limitado, porque no pudo acceder realmente a los niveles subcontratados, donde se producen los problemas más graves y no contó con instrumentos ejecutivos

de cumplimiento eficaces. Tampoco se aplicó en ámbitos cruciales, como los proyectos financiados por la cooperación al desarrollo, los proyectos en los que los estados actúan como empresas, o que cuando existían amenazas graves para la competitividad.

La regulación voluntaria, que deja en manos de las direcciones de las empresas el cumplimiento de objetivos públicos y el desarrollo de políticas públicas contra la desigualdad y la pobreza, en sus múltiples dimensiones, no tenía el necesario apoyo social y no solucionaba los problemas de las víctimas. Para las empresas, todo esto generaba más gasto interno y elevaba los costes de producción y de comercialización. Quizá por eso, la Cumbre de Finanzas en Común de 2020 —primera cumbre mundial de todos los bancos públicos de desarrollo— se negó a incluir el respeto a los DDHH en su programa y en la declaración final de la Cumbre. El Fondo Monetario Internacional se negó a relacionar la protección social con una economía sostenible, tal y como ha sido denunciado en numerosas ocasiones por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los DDHH.

Esto es lo que explica que se haya vuelto a recurrir a instrumentos tradicionales de cumplimiento, revitalizando las vías jurídicas tradicionales de rendición de cuentas, responsabilidad y sanción.

2. *La limitada capacidad de la Constitución para mantener el monopolio de la creación normativa*

La segunda de las hipótesis llama la atención sobre los sujetos regulatorios y el procedimiento en la toma de decisión. Es decir, quién tiene la capacidad de hacer las normas que obligan a las empresas a respetar los derechos de las personas y quien decide qué pasa si se incumple.

Como venimos diciendo, el sistema privado de respeto a los DDHH en la empresa proviene de normas que la propia empresa dicta y aplica. Son normas internas, que solo una vez publicadas o incorporadas a un contrato despliegan su eficacia general.

Pero, siendo normas importantes que afectan a los derechos de los trabajadores, a la seguridad de las sociedades, o a los derechos de la infancia, se redactan y aprueban de acuerdo con los procedimientos establecidos por las propias empresas, y sin participación de sus destinatarios (ni interna, ni externamente). Frente a esto, el desarrollo de la obligación de los estados de proteger los DDHH se realiza, principalmente, a través de la Ley; y la producción normativa -material y procesalmente- está determinada por la Constitución, sometida a las garantías democráticas y a los sistemas de participación y representación política, a través de los cuales se ejerce la soberanía popular (Rubio Llorente, 1998: 21-34).

La Ley, que es la manifestación del poder político, es el método de ordenación de las relaciones entre individuos, y de la relación entre ciudadanos y el poder. Es también lo que organiza la actividad empresarial, las relaciones laborales, las relaciones con los clientes, la producción, etc... respetando el principio de libertad empresarial (art.38 CE), que asegura la actividad empresarial “en libertad”, y que conlleva “el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado” (STC 96/2013, de 23 de abril, con cita de las SSTC 225/1993, de 8 de julio y 96/2002, de 25 de abril).

Solo la ley puede regular las relaciones *ad intra* y *ad extra* de las empresas con terceros (trabajadores, consumidores, suministradores, distribuidores...etc), para proteger la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y la economía de mercado, siendo la defensa de la competencia el presupuesto y límite de esa libertad, e impidiendo prácticas que puedan afectar o dañar la concurrencia entre empresas (SSTC 1/1982, 88/1986, 208/1999, de 11 de noviembre y 71/2012, de 16 de abril) la violación de los DDHH. Utilizando su poder económico y su capacidad de superar los límites espacio-temporales, las empresas tienen un amplio margen de actuación, gracias al reconocimiento de la libertad de empresa, que les permite crear sus propias reglas de comportamiento, sus propios procedimientos y sistemas de exigencia de responsabilidad, sus propias estructuras y sistemas organizativos de acuerdo con la Ley y son capaces de definir el espacio territorial donde se aplican.

Los sistemas empresariales de auto regulación tienen, por tanto, amparo en el desarrollo que el principio de libertad empresarial, que se reconoce constitucionalmente y que se desarrolla a través del Derecho Mercantil y el Derecho Civil. El Derecho privado determina el contenido y el alcance de esa libertad de empresa y sus límites respecto de la salvaguarda de la unidad de la economía nacional y del mercado único interior, por ejemplo, o del desarrollo de la competencia de coordinación de la planificación general de la actividad económica (SSTC 96/1984, 64/1990, 118/1996; 135/2012, o 227/1993). Pero también está condicionados por la garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores (SSTC 88/1985, 80/2001, 20/2002 y 75/2010, de 19 octubre), y por el principio de Estado social (art. 1 CE) que impone a los poderes públicos la protección de los derechos de los ciudadanos y la garantía de la igualdad de oportunidades con independencia de la distinta situación económica y social de cada uno.

La libertad de empresa no es un derecho absoluto e incondicionado de las compañías (por todas, STC 18/2011, de 3 de marzo), sino que está delimitado por ley para el cumplimiento de los fines económicos y políticos del Estado.

Por lo tanto, es posible que, de acuerdo con la Constitución, se establecieran límites de actuación a las empresas y garantías de respeto a los derechos fundamentales, en materia de obligaciones y contratos de estas empresas, o en relación con la capacidad de auto regulación (Rubio Llorente, 1996). Entonces, ¿porque los estados no han utilizado esta vía para asegurar estas obligaciones empresariales de respeto a los DDHH?

Realizar una actividad empresarial “en libertad” conlleva la autonomía en la decisión de crear empresas, de establecer los propios objetivos y de dirigirla en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado (STC 83/1984, de 24 de junio). Esta libertad de decisión debe ser entendida como “libertad de actuación”, (STC 96/2013, de 23 de abril, con cita de las SSTC 225/1993, de 8 de julio y 96/2002, de 25 de abril), pero no como libertad ajena a los mandatos económicos constitucionales y a la preservación de los principios constitucionales esenciales (Ruiz-Rico, 1995: 223-258). Quizá por ello la doctrina española viene reclamando desde hace tiempo una reforma del régimen del incumplimiento contractual en el vigente Código civil para introducir entre otras cosas, la obligación de respeto a los DDHH en las relaciones contractuales, tal y como defienden la CSIG, los Principios UNIDROIT, los PECL o las Directivas europeas (Gómez Calle, 2012: 29-102).

En todo caso, en lo que a este trabajo atañe, es muy destacable que las fórmulas de autorregulación hayan demostrado tener una importante vis expansiva y una, más importante aún, capacidad de exportación y de internacionalización, que no ha conseguido el Derecho privado nacional por sí mismo. La autorregulación ha permitido a las compañías ordenar desde sus matrices el funcionamiento de todas sus sucursales empresariales, en todos los territorios donde operan, directamente o a través de la cadena de valor, con o sin cobertura legal de los distintos países donde se encuentran. La garantía del cumplimiento de esa auto regulación era la propia red que conforma el conglomerado empresarial, y que funciona de forma vertical, bajo una ordenación jerárquica.

Es cierto que existe un Derecho privado común, asumido por la comunidad internacional, más o menos modificado por los elementos característicos y autóctonos de cada comunidad, o *lex mercatoria*, que permite el ejercicio empresarial extraterritorial a partir de unos principios que permiten ordenar la actividad respetando la dignidad de las personas. La base de este Derecho común es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para establecer los pactos, cláusulas y condiciones contractuales, siempre que no sean contrarios al Derecho, a la moral, ni al orden público establecido, como dice el art. 1255 CC español (Moreno Morales, 2006: p. 17 y ss).

Sin embargo, es muy relevante que la *Lex mercatoria* mantenga una conflictiva relación con los sistemas constitucionales y con los mecanismos de garantía de los derechos humanos, en el ámbito estatal y supranacional,

porque se asienta en una “asimetría normativa” entre sujetos (empresa/persona) (Aguaman, 2021: 89) y que se aproveche de que ciertas normas estatales se aplican más vigorosamente que otras, con desequilibrios entre los bienes jurídicos protegidos que se ven afectados por una misma situación de abuso, o pero que son tratados en ámbitos jurídicos distintos, debido a la fragmentación de las legislaciones que los abordan.

La expansión de esta *Lex Mercatoria* para reglamentar las relaciones económicas y comerciales transnacionales, ha provocado que la capacidad de los estados para respetar, promover y proteger los derechos humanos en el ámbito económico y comercial, se haya reducido porque en estos casos la Constitución deja de mantener el control directo sobre la “producción normativa” y sobre el contenido de esa autorregulación, que queda en manos de órganos directivos de las empresas, que no operan bajo principios democráticos, que no tienen que garantizar el pluralismo y la representación política de los interesados para que la norma sea legítima y de obligado cumplimiento en sus ecosistemas empresariales, y que imponen su interés particular como interés general. El Estado solo puede intervenir *a posteriori* y a instancia de parte, cuando algún perjudicado denuncia, a través de vías privadas de exigencia de responsabilidad contractual o extra contractual, los daños causados por aplicación de estas normas.

No cabe un “control preventivo” sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad empresarial o de la libertad contractual, ni sobre la capacidad de auto regulación empresarial, sino solo un control “reactivo” por incumplimiento, cuando el daño sobre los derechos ya se ha producido. Por ello los estados, incluso aquellos que tienen mejores y más sofisticados sistemas de garantía de los DDHH, tienen dificultades para exigir el respeto por parte de las empresas, que se multiplican cuando éstas operan más allá de las fronteras nacionales, y cuando se amparan en la *Lex mercatoria* para actuar. Es lo que Pistor ha llamado “el capital global”, es decir, el capitalismo sin límites que domina la globalización económica y comercial (Pistor, 2019).

La pérdida del monopolio normativo en temas tan importantes como los DDHH, debilita la percepción ciudadana sobre la utilidad del sistema constitucional y del Estado para protección de sus derechos. Es una pérdida de control del Estado sobre la vida económica que protagonizan las empresas y que se ha considerado una de las causas de las crisis en los sistemas políticos democráticos actuales, que incide en la desmotivación para la participación ciudadana (Balaguer Callejón, 2018: 2).

Al menos en apariencia, existe un poder empresarial capaz de generar su propio “orden”, que actúa bajo “la legitimidad” que le da su poder económico, no democrático, y el principio de libertad empresarial, que puede afectar (y de hecho afecta) directa o indirectamente a millones de ciudadanos, a sus derechos fundamentales, no solo cuando son trabajadores de esas

empresas, sino cuando son usuarios de sus servicios, destinatarios finales de sus productos, o víctimas indirectas del uso ilegítimo de sus datos personales o de su huella digital, sin capacidad de control sobre esta actuación, sin herramientas de defensa frente a esos abusos, y con un mermado poder estatal que solo puede defenderles con las lentas y complejas herramientas de la Ley y con los sistemas judiciales nacionales totalmente colapsados.

No obstante, la regulación interna de las empresas y la aplicación de esa *lex mercatoria* internacional están sometidas, o debieran estarlo, a la Constitución de los países a los que estas empresas pertenecen. Por eso, y siempre que así esté previsto en la Constitución nacional, la libertad de empresa puede regularse, ordenarse, limitarse para evitar abusos de poder y proteger el interés público o el interés general, que es lo mismo que decir proteger los derechos humanos.

Consecuentemente, el Estado puede regular y delimitar la auto-regulación privada y puede imponer, mediante la legislación civil y/o mercantil, garantías para que estos procedimientos internos sean, sino democráticos, al menos, respetuosos con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales. De nuevo, es la desatención del Derecho constitucional y no su falta de recursos lo que explica esta situación. Cosa distinta es la voluntad política de hacerlo.

Los especialistas en Derecho privado ya han estudiado esta posibilidad y han propuesto interesantes reformas del Código civil en este sentido, (Diez-Picazo, L., 2011). La mayoría de la doctrina considera que una intervención estatal en la auto regulación empresarial implicaría una restricción tan importante en la libertad de empresa, que mermaría la creatividad y la capacidad de respuesta de las compañías a las cambiantes circunstancias actuales del comercio internacional, especialmente aceleradas en nuestra época, lo que terminaría lastrando su competitividad y afectando a la propia economía de los estados. Estas obligaciones supondrían mayores costes económicos en la producción o distribución de bienes y servicios, más complejos y lentos procedimientos y más burocracia.

Sin embargo, la Constitución sigue manteniendo el monopolio y la capacidad normativa en todos los ámbitos, y por lo tanto, es una decisión política utilizar las capacidades legislativas, o hacer dejación de funciones cuando se trata de empresas con alto poder económico. Una legislación estatal que impusiera mecanismos de protección de DDHH en los contratos privados, y que estableciera garantías de aplicación -a través de instrumentos privados y públicos de resolución de conflictos (incluyendo, por ejemplo, sistemas de arbitraje y mediación)-, permitiría devolver el control estatal sobre el funcionamiento privado de las empresas, y recuperar el monopolio normativo del Estado en la actividad empresarial, que tan alto impacto genera en los sistemas de convivencia pública.

Además, podría moderar los excesos del interés privado de unos pocos por aplicación de una *lex mercatoria* ajena a los sistemas democráticos, y a la representación política, que puede aplicarse sin control, evitando la arbitrariedad y el abuso de poder, y garantizando la aplicación ética de las herramientas de comercio internacional, al servicio del interés general de las personas y la reparación de los daños causados a las víctimas. Esto no reduciría la desventaja en la que se encuentran los ciudadanos frente a las grandes empresas energéticas, financieras, tecnológicas, etc, pero sí mejoraría el nivel de desigualdad entre ellas. La Constitución sí tiene capacidad para mantener el control en la producción normativa, pero es necesario que el titular de la potestad legislativa quiera utilizarlo.

3. *La superación del Derecho público por la prevalencia del Derecho privado como instrumento para la ordenación de la economía global*

Otra de las consecuencias de estos sistemas de auto regulación propiciados por los principios Ruggie ha sido la preferencia del Derecho privado sobre el Derecho público para ordenar las relaciones económicas y comerciales en la globalización, lo que ha alterado las bases teóricas sobre las que se sostienen los estados constitucionales.

Como se viene diciendo, la obligación de proteger los DDHH se materializaba a través de instrumentos típicos del Derecho Público, porque el objeto de esta regulación no era las relaciones entre dos particulares, sino que trascendía la esfera privada, para crear relaciones políticas públicas, límites del poder político. Sin meternos en la discusión doctrinal por las diferencias entre el Derecho público y el privado, la capacidad auto regulatoria de las empresas ha alterado esta tradicional delimitación funcional del *ius publicum* (Kaser, 1986: 1-101; y Ankun, 1983: 523-536). Ahora se permite que el Derecho Privado, creado entre particulares (empresas y particulares), ordene “intereses generales”, como la defensa de los DDHH, que afectan a un número indeterminado de personas, que pueden verse afectadas por su aplicación directa e indirectamente, pero que han permanecido ajenas a su creación. También ha cambiado la forma de garantía general de cumplimiento del Derecho privado, porque ya no solo es perseguida a iniciativa del titular lesionado, sino que al igual que el Derecho público se permite que el Estado vele por su incumplimiento e intervenga en caso de necesidad (Montoro Ballesteros, 2007:133–180), a posteriori.

Cuando las relaciones sociales en general se ven condicionadas o reguladas por fórmulas jurídicas privadas, en las que los miembros de esa sociedad ni están representados, ni participan, los incumplimientos y en nuestro caso, las reclamaciones frente a violaciones de DDHH, van a depender de la fuerza individual y de la organización de los afectados, y van a requerir siempre, al

menos en los momentos iniciales, el impulso de la acción privada de denuncia y defensa, lo que merma la capacidad preventiva del Estado y genera importantes diferenciaciones entre la población, dependiendo de su capacidad económica para llevar a cabo la reclamación, y de su capacidad acceso al sistema de justicia. La intervención del Estado no va a ocurrir siempre y en todos los casos en los que haya violaciones de DDHH, porque tiene que esperar a que el particular denuncie y porque, en muchas ocasiones, la resolución del conflicto va a seguir el circuito privado (nacional o internacional, cortes de arbitraje y mediación, o instituciones de arbitraje internacional, etc) de reparación y/o de exigencia de responsabilidad, que no controla.

Las reglas voluntarias, que se convierten en pactos contractuales o en compromisos públicos frente a terceros, se han ido extendiendo a través de cláusulas tipo o cláusulas formulario para contratos estándar, que se introducen en los modelos de contratación privada, que terminan convirtiéndose en fórmulas generalizadas por el sistema del corta-pega o por mimetismo en la redacción de contratos. En caso de vulneración o incumplimiento son reclamadas a través de sistemas de arbitraje y mediación, y rara vez a través de las acciones y recursos establecidos por el ordenamiento civil, ante la jurisdicción civil o mercantil. Mientras el Estado utiliza la lógica pública en defensa del interés general y el poder judicial, con todos los inconvenientes que esto supone.

No es que se haya producido una superación del Derecho público porque haya una mayor efectividad del Derecho privado como instrumento para la ordenación de la economía global, sino que el Derecho público no ha actualizado los instrumentos de respuesta, que siguen siendo los mismos desde hace 200 años lentos y escasos. Quizá, por esto el deber de protección del Estado deba complementarse y junto a los instrumentos públicos típicos (legislación o políticas públicas para prestación de servicios jurídicos relacionados con el ejercicio de los derechos,) incorporar otros instrumentos privados que ayuden a garantizar los DDHH en las relaciones privadas, ni abandonar la obligación de legislar en esta materia.

Ahora bien, esto no puede suponer dejar completamente en manos privadas la defensa de los perjudicados y de las víctimas en casos de vulneración de derechos. La desatención del Estado en estos casos lleva a incrementar la brecha de la desigualdad, y a generar sociedades rotas y desequilibradas en las que solo los más fuertes económicamente o los que cuenten con mejor formación pueden ejercer sus derechos frente a las grandes empresas y los más débiles y vulnerables son doblemente victimizados por la falta de intervención estatal. Los estados deben cumplir con sus obligaciones de defensa del interés general e intervenir ante cualquier vulneración de DDHH por parte de las empresas, independientemente de que esta afecte a uno o a muchos de los ciudadanos, porque cualquier afectación de los DDHH es una

afectación del interés general. Hay un interés público en el disfrute de los DDHH que es, además un interés social. El Estado puede hacerlo directa o indirectamente, según si interviene en la defensa de los afectados como parte, o bien creando los sistemas judiciales necesarios para remediar el daño que las empresas causen. Pero es parte de su función constitucional y su cometido esencial, también en los sistemas globalizados del Siglo XXI, e independientemente de cómo se ejerza la libertad empresarial.

Lex Mercatoria o ese Derecho Comercial Global, como denomina Hernández Zubizarreta debe incorporar obligaciones de salvaguarda y de respeto de los DDHH para las empresas multinacionales o las que operan de forma transnacional, de manera que su actividad internacional pueda también poder quedar controlada por las autoridades estatales de las matrices o de los sitios donde operen, asumiendo e introduciendo en la actividad comercial global los mismos estándares que cumplen en los países de origen. Ni las legislaciones nacionales de los países en los que residen las empresas matrices, o de los que acogen sus actividades, ni los mecanismos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son suficientes para someter a Derecho y para garantizar el respeto de los DDHH de todas las prácticas de las empresas transnacionales que atentan contra los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales. Por eso, la *lex mercatoria* podría complementar esta regulación nacional e internacional imponiendo a las empresas obligaciones extraterritoriales de respeto a los DDHH, y asumiendo los estándares nacionales e internacionales de respeto, en el ámbito que regula, es decir en las reglas generales que se aplican al comercio global (Hernández Zubizarreta, 2012).

4. *Los sistemas promocionales frente a los sistemas coercitivos de protección de los DDHH*

La última de las hipótesis, conectada con lo anterior, plantea la preferencia de los sistemas privados, más promocionales que coercitivos, más rápidos en la resolución de los conflictos. Sugería que las medidas de fomento han resultado mejores instrumentos para la protección de los DDHH que la imposición por la fuerza.

Aunque para el Estado son posibles distintos instrumentos para la protección de los derechos fundamentales, lo cierto es que la filosofía de los Principios Rectores claramente apostaba por el desarrollo de políticas públicas de promoción, frente a regímenes de imposición, con sanciones ligadas al incumplimiento. Esto es lo que explica que en estos 10 años de vigencia se haya dado tanta importancia a los Planes Nacionales de DDHH y Empresa.

No obstante, como hemos visto, esto también parece estar cambiado y las regulaciones nacionales más actuales, o el nuevo marco europeo de la

Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, están ya introduciendo sistemas sancionatorios fuertes y autoridades estatales de control, devolviendo al Derecho el papel relevante que siempre debió tener en este campo. Los mecanismos privados han resultado ser instrumentos de *soft law* con mucha capacidad de transformación cultural en las empresas, pero con poca capacidad de protección efectiva de los DDHH de las personas. Los sistemas promocionales han cumplido su función, pero las comunidades políticas organizadas a través de sus estados siguen teniendo capacidad para ordenar la convivencia y para impedir que los más poderosos (en este caso, económicamente poderosos) interfieran en sus esferas publicas y privadas de libertad, y en su dignidad. Solo tienen que ejercerla.

IV. LA PROYECCION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL MARCO REGULATORIO DE LOS DDHH Y EMPRESAS Y SUS CONSECUENCIAS

Una vez analizadas las hipótesis de partida, queda examinar la influencia de los principios constitucionales en el desarrollo de este marco regulatorio que afecta al comercio y a la economía de global, la relación entre los DDHH y las empresas, y las consecuencias de este influjo en la gobernanza económica global, a través de dos fenómenos: la colonización del contenido de las obligaciones establecidas en los contratos privados por el Derecho de los DDHH; y la aplicación del efecto directo de los derechos fundamentales constitucionales en la regulación mercantil y empresarial.

1. *La “colonización” de los contratos privados por parte del Derecho de los DDHH*

La mención de respeto a los DDHH en las guías de buenas prácticas, compromisos de responsabilidad social de las empresas, o en los protocolos internos para la contratación, en las cláusulas contractuales estandarizadas etc... que hacen las empresas, no es meramente simbólica, sino que tiene contenido jurídico, porque el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los DDHH ya ha venido interpretando y dotando de significado material a los preceptos que reconocen derechos fundamentales, a lo largo de los años. Por lo tanto, este contenido, que nace del acervo interpretativo de los derechos acumulado a lo largo de los años, se impone sobre cualquier pacto privado que pretendiera realizar una interpretación distinta del alcance de las obligaciones que asumen las partes, o que quisiera determinar las facultades incluidas o excluidas en los derechos sobre los que se asume la obligación de respeto. En otras palabras, sabemos qué son y qué protegen

cada uno de los derechos que incluimos en la lista de los DDHH y, por eso, este contenido pasa a formar parte de la obligación privada que lo integra.

Este factor ha podido pasar desapercibido para los abogados mercantiles o corporativos para quienes la teoría general de los DDHH puede no ser aplicable en estos contextos económicos. Sin embargo, al introducir la referencia a los DDHH en los contratos y demás instrumentos privados de regulación, se abre la puerta al Derecho de los DDHH y se produce una suerte de externalización de las obligaciones privadas de respeto de las empresas, dejando de ser una mera cuestión particular, que puede ser determinada por el acuerdo entre las partes, para pasar a ser “informadas” por el contenido de los DDHH en términos constitucionales o en términos internacionales.

Podemos imaginar esta externalización como una suerte de “colonización de los contratos privados por parte del Derecho público de los DDHH”, que se está reconociendo muy lentamente. En los circuitos internacionales, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones de DDHH, siguen reclamando un tratado internacional que determine claramente el contenido de las obligaciones privadas que incluyen genéricamente la referencia al respeto de los DDHH (Márquez Carrasco, 2018: 707). Los mayores defensores de esta opción son sobre todo países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), con estándares de respeto a los derechos humanos elevados, que propugnan una regulación de la conducta empresarial más exhaustiva y de alcance mundial (Iglesias Márquez, 2019: 145-176). Pero desde el punto de vista constitucional esto no es realmente necesario.

El Consejo de DDHH de la ONU creó en 2014 un grupo de trabajo intergubernamental con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante con el que se pudiera exigir a los estados la puesta en marcha de medidas obligatorias de diligencia debida en materia de DDHH (Resolución 26/9). La Resolución fue impulsada por Ecuador y Sudáfrica y contó con 20 votos a favor, 13 abstenciones, y 14 en contra. Todos los países de la Unión Europea presentes, así como Japón y Estados Unidos votaron en contra. La Comisión Interamericana de DDHH recomendó en 2019 que sus estados miembros adoptaran la diligencia debida obligatoria.

La Resolución 26/9 reflejaba el deseo de estos países y de sus sociedades de superar las normas basadas en la voluntariedad e introducir obligaciones directas a las empresas transnacionales, tanto para sus matrices como para las actividades desarrolladas lo largo de las cadena global de valor. El asunto del tratado sigue en discusión, porque en caso de ser adoptado, generaría obligaciones internacionales, que tampoco solucionarían la asimetría jurídica entre las regulaciones internas de las empresas y el ordenamiento internacional, porque no hay foro de control y porque la protección de los DDHH no puede depender de la protección de los intereses de las corporaciones, es decir de

intereses privados, sino de su dimensión como interés público. Y este es el campo del Derecho constitucional interno de los estados.

En este contexto, la Unión Europea ha aprobado recientemente la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024¹⁵, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, que prevé una regulación intersectorial de la diligencia debida en materia de DDHH y medio ambiente para todas las empresas europeas, y que persigue fomentar su comportamiento sostenible y responsable a lo largo de sus cadenas de valor y suministro por todo el mundo. La Directiva se hace eco de la necesidad de salvaguardar unos estándares adecuados de comportamiento empresarial «*compliance*», que garanticen la protección de los DDHH y del medio ambiente más allá de las propias fronteras europeas, buscando la trazabilidad del trabajo empresarial europeo, independientemente de donde se realice, y una protección más amplia, efectiva y justa, de los DDHH de las personas que entren en contacto con estas empresas, que sea coherente con los objetivos, principios y valores constitucionales de la Unión Europea.

Esta regulación de la Unión Europea es un buen ejemplo de la colonización que sobre las herramientas privadas de regulación empresarial está realizando el Derecho Público de los DDHH, porque se utiliza la Ley (en este caso Ley europea) como instrumento de regulación y control, y se vuelve a reconocer su valor tradicional como manifestación del interés general, proyectado en este caso sobre las relaciones privadas de las empresas, a través de un procedimiento constitucional y democrático de creación del Derecho en el que participan todos los afectados y todos los que forman parte del interés general, y cuyo fundamento es impedir el abuso de poder económico empresarial. Esto, como se puede ver, es un discurso plenamente constitucional. La Directiva, además, complementa la regulación de la diligencia debida con instrumentos tradicionales de garantía (como la supervisión por parte de los estados y un sistema sancionatorio aplicable de forma proporcional por los estados miembros). Lo más importante es que prevé autoridades estatales de control y supervisión y un sistema eficaz de tutela judicial de los derechos de las víctimas, en caso de vulneración de derechos coherente con los principios y valores constitucionales europeos.

Para las empresas europeas la Directiva aporta seguridad jurídica y garantiza condiciones de competencia equitativas, porque impone condiciones para el ejercicio empresarial comunes, eliminando la voluntariedad de los compromisos internos de *compliance*, y evitando que las empresas más irrespetuosas con los DDHH se beneficien del comportamiento menos ético

¹⁵ DOUE» núm. 1760, de 5 de julio de 2024, páginas 1 a 58 (58 págs.). DOUE-L-2024-81037

(Oderinger, H., Salinier, C., Torres-Cortés, F. et al., 2020). Para los consumidores y los inversores la Directiva aportará transparencia y será más fácil establecer -y por lo tanto exigir- responsabilidades por las actividades que desarrollen filiales o terceras personas vinculadas en sus cadenas de valor (Ortiz-Arce Vizzarro, 2024: p 151). Para los trabajadores, estén donde estén y trabajen en la central, o en la cadena de valor, e independientemente del grado de desarrollo en el que se encuentre la protección jurídica y estatal de los DDHH en los países donde operen, supondrá el acceso a unas mínimas condiciones laborales de acuerdo con la normativa europea, y el acceso a un sistema judicial de garantía en caso de incumplimiento. En estados africanos o asiáticos, con estándares de protección de derechos inferiores a los europeos se abriría una vía de protección de los derechos de los trabajadores relacionados directa o indirectamente con empresas europeas muy interesante, que puede ayudar a superar las carencias de estados débiles, con índices bajos de cumplimiento del *rule of law*, que puede convertirse en un poderoso instrumento de cooperación internacional y de ayuda al desarrollo.

Las autoridades administrativas nacionales designadas por los estados miembros de la UE serán responsables de supervisar el cumplimiento de estas nuevas normas y podrán sancionar a las empresas por sus incumplimientos. Además, las víctimas de abusos empresariales tendrán la oportunidad de emprender acciones legales por los daños y perjuicios, causados por desatención a la diligencia debida.

Por último, los directivos de empresas multinacionales europeas deberán establecer y supervisar la aplicación de la diligencia debida y de integrarla en la estrategia empresarial, y asumirán responsabilidad en caso de incumplimiento. Esto implica que se imponen obligaciones de comportamiento a los administradores y demás órganos de gestión de las empresas, que asumen el respeto a los DDHH como parte del contenido obligatorio de sus funciones porque así se lo exige la ley. Para cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, los directivos deberán tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de DDHH, y su impacto en el cambio climático y medioambiente, ya que eso es parte de la diligencia debida y responden por ella.

En todos estos casos, el contenido de estas obligaciones legales de respeto de los DDHH, es decir, las facultades personales que las empresas, los estados y los directivos de estas empresas tienen que respetar respecto de las personas que entran en relación con ellos (trabajadores, usuarios, clientes, suministradores, etc), deberían ser las que para cada derecho subjetivo de los incluidos en la lista de DDHH reconoce la jurisprudencia del TEDH y del TSJUE, en el ámbito de la UE.

Los obstáculos que dificultan un completo despliegue de la potencialidad de estas vías de protección en los países no matrices, siguen estando presentes en la nueva Directiva: Primero, porque el acceso a los remedios y a los

sistemas de reparación sigue siendo de iniciativa privada, aunque se haya ampliado la posibilidad de que las organizaciones representativas de las víctimas o sus intereses o de la sociedad civil puedan interponer demandas de responsabilidad civil, individuales o colectivas, en caso de vulneración empresarial. Por consiguiente, los Estados miembros no participan directamente y dependerá de la cultura social de cada Estado, del nivel de organización social de los afectados y de su capacidad de ejercer su defensa frente a la multinacional europea que el sistema de reparación funcione o no. Por otro lado, tenemos que ver si esta regulación realmente pone a las empresas europeas en desventaja competitiva con empresas de los gigantes chino, ruso, indio etc... donde la filosofía del *due diligence* de los DDHH aún no está plenamente extendida, porque los resultados económicos marcarán determinadamente el éxito o fracaso de esta Directiva.

2. Principios Rectores versus eficacia directa de los derechos fundamentales

Una vez se descrito el fenómeno de colonización, la pregunta es si la falta de interés del Derecho Constitucional en estos temas privados ha llevado a otras ramas del Derecho a ofrecer soluciones alternativas a la protección de los derechos fundamentales, aplicando su propia lógica jurídica, o si se trata de un problema de insuficiencia de regulación constitucional, que ha venido a ser cubierto por estas reglas de *soft law* empresarial. También se plantea por qué esta regulación privada empresarial de respeto de los DDHH parece más eficaz que las herramientas públicas de protección de derechos, y por qué los estados, que antes no veían cómo ejercer el control sobre el poder empresarial, han encontrado en estas fórmulas que han ido integrando en su ordenamiento nacional métodos más eficaces de cumplimiento.

Este problema nos lleva a recordar la famosa cuestión de la “*Drittwirkung*” o eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (García Torres y Jiménez-Blanco, 1988) formalizada por la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán, que planteaba hace ya años que las obligaciones constitucionales de respeto de los derechos fundamentales son aplicables a todos sin excepción, poderes públicos y particulares, lo que en resumidas cuentas suponía el reconocimiento constitucional del efecto directo de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas, con o sin mediación legislativa, tal y como recoge, por ejemplo, el artículo 9.1 de la Constitución española (Art. 9.1 CE, en el que se establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico).

La doctrina de la *Drittwirkung* supuso una revisión a la visión liberal de los derechos fundamentales de acuerdo con la cual las garantías de los

derechos sólo afectaban a las relaciones entre Estado y ciudadanos. De manera que, las garantías de los derechos fundamentales entre ciudadanos o entre particulares quedaba mediatizada por la ley. Por eso, en el caso de los derechos de contenido económico, por ejemplo, se hablaba de derechos de configuración legal (Rubio Llorente, 1979: 67). A partir de esta interpretación, los Derechos fundamentales se comprenden como derechos individuales subjetivos frente a todos, aunque es cierto que dependiendo del tipo de relación jurídica en la que se ejercen, con distinto alcance y eficacia.

En unos casos esto dependerá de la propia configuración normativa del derecho fundamental, es decir de los términos en los que la Constitución – o en su caso, la ley que lo desarrolla – lo hayan definido, y de si el contenido protegido por el derecho fundamental es o no susceptible de ser lesionado por particulares (véase, por ejemplo, el derecho a la Justicia, cuyo ámbito exclusivo de aplicación será siempre la relación entre el ciudadano y el Estado). En otros, dependerá de si se trata de derechos de amplio espectro, que consagran bienes jurídicos, como la intimidad, o la libertad de expresión, que pueden ser afectados tanto por los poderes públicos, como por los particulares.

Está pacíficamente aceptado que los Derechos fundamentales despliegan su eficacia en todas las relaciones sociales, tanto en las públicas como en las privadas imponiéndose incluso sobre la autonomía de la voluntad (Stark, 2002: 65-89), que constituye el núcleo esencial de la actividad privada.

Por eso, el Estado tiene el doble deber de respetar los derechos fundamentales en sus relaciones con terceros, y de adoptar las medidas necesarias para garantizar que los particulares puedan ejercer esos derechos fundamentales en sus relaciones entre ellos, respetándose entre sí, lo que conlleva la obligación de adoptar una regulación de las relaciones privadas, que proteja eficazmente al individuo cuando otro particular lesione alguno de sus derechos fundamentales, y le obligue a reponer la situación y compensar el daño generado (Cruz Villalón, 2013:36).

Las medidas de protección de los derechos fundamentales en las relaciones privadas que puede adoptar el Estado serán diferentes dependiendo de que afecten a relaciones voluntarias, basadas en la igualdad entre las partes; o de que afecten a relaciones en las que no hay igualdad entre las partes, porque una de ellas ocupe una posición prevalente frente a la otra, o porque hay una distinta intención en la relación. En los dos casos, el Estado debe actuar para que no se sobrepasen los límites constitucionales de respeto a los derechos (art. 10.1 CE). En los acuerdos voluntarios entre particulares, se excluirán todos aquellos que sea contrarios a la Ley, a la moral y al orden público, y se considerarán ineficaces cuando sean una renuncia “inadmisibles” para la dignidad de la persona (imaginemos un contrato de venta de órganos humanos), o una afectación total de su libertad (venta de niñas para la prostitución o contratos de esclavitud). En las relaciones no voluntarias o no equitativas

los poderes públicos estarán obligados a establecer los límites para el desarrollo de estas relaciones; es decir, a exigir y garantizar su cumplimiento frente a cualquier lesión de los derechos causada en ejercicio de un poder arbitrario, abusivo y desigual, y a remover los obstáculos que impidan el pleno ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad (Art. 14 CE).

El instrumento que utiliza el Estado para garantizar el respeto de los derechos y el cumplimiento de la Ley que los desarrolla es la sanción y la reparación del daño causado. Por eso, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida y de respeto a los derechos por parte de las empresas se requiere aplicar -exactamente- la misma “cantidad” de poder político sobre las empresas, que el que se viene ejerciendo desde siempre sobre el resto de ciudadanos: un régimen sancionatorio eficaz, basado en el monopolístico uso de la fuerza del Estado y en su capacidad coercitiva para asegurar el cumplimiento de la Ley. Y ahí nos encontramos de nuevo con la necesidad de un sistema judicial, de un sistema procesal, y de un sistema punitivo (administrativos y penal) ágil, fuerte y adecuado a la magnitud de los deberes y los fines a los que van destinados, como siempre. Esto es a lo que Petersmann, se refería cuando afirmaba que en materia de DDHH y empresas resulta de vital importancia asegurar el acceso y la efectividad en la defensa y reclamación de la vulneración de los derechos, ya sea por vía judicial, administrativa o extrajudicial (Petersmann, 2012: p.230).

En conclusión, el ejercicio antisocial y contrario a los DDHH por parte de una empresa “agresora” se reduce a un problema de tutela efectiva de los derechos subjetivos del lado de la víctima, al diseño de un sistema de recuperación de derechos lesionados que funcione, y a que se organicen unos servicios públicos eficaces, preventivos y restauradores de justicia, suficientemente dotados para poder imponer el respeto a la Ley. Es por esto que la Directiva europea (UE) 2024/1760 regula unos procedimientos específicos de rendición de cuentas sobre la responsabilidad corporativa y unos sistemas reparación de daños para las víctimas, cuya finalidad última es que las empresas «respondan por los efectos adversos, potenciales o realmente producidos, a los que se hayan contribuido o causado, ya sea por la vinculación de su actividad directa; ya, de sus filiales o de aquellas con una relación comercial (art 1.1)». Lo que explica que se establezcan sanciones en caso de incumplimiento normativo que derive en responsabilidad por daños y perjuicios (art. 1.1 b), y la consagración del derecho de las víctimas a una indemnización (Ortiz-Arce Vizzarro, 2024: p 156 y 160).

Antes de existir los Principios Rectores, todas las empresas, incluyendo las grandes compañías transnacionales, ya tenían la obligación directa de respetar los derechos fundamentales, es decir los DDHH constitucionalizados de los particulares con los que se relacionaban, independientemente de dónde se relacionasen con ellos, aunque es cierto que estas obligaciones solían estar

mediatizadas por el cumplimiento de la ley nacional. Pero la obligación como tal, en términos jurídico-constitucionales, existía, y existía por efecto directo de los derechos proyectados en las relaciones entre particulares. Lo que al parecer faltaba eran cauces eficaces para exigir la responsabilidad en caso de incumplimiento y procedimientos que impusieran a los responsables responder por las vulneraciones de DDHH producidas, ya sea por la vinculación directa de su actividad empresarial, o por la indirecta de sus filiales o de aquellas otras con las que mantiene una relación comercial. Faltaba también un sistema eficaz de sanciones que pudieran aplicarse a las empresas en caso de incumplimiento.

Las herramientas del *soft law* fomentan, inducen, e influyen para que las empresas creen una cultura de respeto de los derechos, pero han generado confusión sobre quién obliga a quién y a qué. Las empresas para dar cumplimiento a sus intereses en relación con su responsabilidad social creían que ya no están intervenidas por los estados, sino por sus propias convicciones o sus propias decisiones, en términos éticos; que adoptaban estas soluciones como consecuencia de su propia ética en la gestión empresarial. Sin embargo, no es así. Las empresas habían actuado con impunidad en el abuso de su actividad empresarial, no porque no hubiera obligaciones jurídicas de respeto de derechos, sino porque los sistemas estatales eran incapaces de exigirles su responsabilidad en caso de incumplimiento y no existen sistemas internacionales que lo permitan.

La auto regulación de las empresas no suple, ni ha sustituido el sistema constitucional de protección. En los casos más positivos lo complementa, porque permite un compromiso de cumplimiento y de respeto de los derechos por voluntad propia, por propio interés de la empresa, evitando la irresponsabilidad en caso de que los recursos públicos de justicia no sean los adecuados o sean insuficientes.

De cara a la efectiva protección de los DDHH lo importante no es cómo se crean estas obligaciones para las empresas, sino si su cumplimiento viene o no garantizado por un sistema de reclamación y de reposición de los derechos lesionados, y eso por ahora, incluso en las regulaciones más avanzadas como la nueva Directiva de la UE siguen estando en manos de los estados¹⁶.

¹⁶ La directiva deja en manos de las autoridades nacionales de control la imposición de sanciones pecuniarias de carácter administrativo, que sean proporcionales al volumen de negocios, y, en caso de impago, el establecimiento de una declaración pública de la infracción, o la retirada de productos del mercado o, incluso, la prohibición de su exportación (Considerando 76). Los Estados también pueden sancionar a estas empresas vulneradoras restringiendo la adjudicación en la contratación pública o los contratos de concesión públicos, o excluyéndolas cuando hubieran incurrido en incumplimiento de las normas medioambientales, sociales o laborales nacionales (Considerando 92 y art. 31).

Así ha sido siempre. Esto es algo que podemos y debemos trabajar desde el Derecho Constitucional, y que podía haberse analizado mucho antes. Desde el punto de vista constitucional y de los DDHH cualquier vulneración de los DDHH individual o colectiva es reclamable a través de las vías estatales de responsabilidad, siempre que exista un nexo de causalidad entre los daños y perjuicios causados y las actividades empresariales vulneradoras.

V. CONCLUSION

Al inicio de este trabajo se quería evaluar si el desarrollo de los nuevos instrumentos privados de auto regulación empresarial o las reformas en la legislación mercantil sobre responsabilidad corporativa, consecuencia de la adopción generalizada de los Principios Ruggie de Naciones Unidas, había afectado a los sistemas constitucionales tradicionales de protección de los DDHH, y si se había creado otro modelo jurídico para ordenar la relación entre ciudadanos y poder económico, porque a todas luces parecía que la globalización de las relaciones económicas y comerciales había creado un marco jurídico, político y económico distinto en el que las empresas transnacionales podían desenvolverse en impunidad y sin contrapesos suficientes (Hernandez Zubizarreta (2009).

En el análisis hemos visto que ni el Derecho Internacional, ni los sistemas privados de autorregulación empresarial, cuentan con herramientas capaces de someter a las multinacionales a control en caso de actividades vulneradoras de DDHH, si no se recurre a los sistemas tradicionales de rendición de cuentas y exigencia de responsabilidad en términos jurídicos. Los sistemas constitucionales nacionales no han querido ejercer las capacidades que se reconoce a los estados para hacerlo por razones de interés económico, por dificultades de financiación de los servicios públicos de justicia o para no perder la posición dominante en el comercio internacional. Pero se ha visto que los sistemas constitucionales tradicionales de protección de los DDHH siguen teniendo capacidad y potencialidad para ordenar la relación entre ciudadanos y poder económico, ya sea esta nacional o transnacional, y pueden y deben ordenar las relaciones económicas y comerciales de sus empresas multinacionales para evitar el abuso de poder económico y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas relacionadas con ellas a través de su cadena de valor.

Los sistemas internacionales de protección de los DDHH, los que garantizan los derechos laborales, o los sistemas de protección medioambiental entre otros, requieren de la colaboración de los estados que son quienes mantienen la fuerza coactiva, y quienes, a falta de un foro internacional eficaz, pueden articular los recursos y servicios necesarios para exigir la responsabilidad jurídica en caso de incumplimiento y proteger a las víctimas. Los

códigos deontológicos, los compromisos asumidos por la Responsabilidad Social Corporativa son complementos que no pueden neutralizar la fortaleza del Derecho, ni sustituir la capacidad de la Ley para regular las relaciones comerciales globales. Aunque estas herramientas de *soft law* empresarial han contribuido decisivamente a generar un debate y una cultura sobre la ética en la actividad económica y comercial internacional, y a crear un acervo común empresarial sobre la gestión socialmente responsable, basado en principios articulados en torno a los DDHH.

Los Principios Rectores y su aplicación por parte de los estados y las empresas transnacionales a través del desarrollo de la *due diligence* nos han permitido discutir sobre vías alternativas de solución frente a la inactividad estatal, acercar posturas con relación a cómo debe realizarse un control efectivo de las empresas transnacionales, y alcanzar algunos acuerdos de naturaleza fundacional que, quizá, puedan ser muy importantes de cara a sentar las bases de una futura gobernanza global. Al fin y al cabo, este debate se ha vuelto a plantear cuáles son las bases para un pacto de convivencia entre empresas, ciudadanos y estados de ámbito global, y el resultado ha sido que los derechos y la dignidad de la persona son los límites a la acción del poder y el fundamento de toda regulación, incluyendo la que afecta al poder económico globalizado.

Es cierto que la actividad ética y socialmente responsable de algunas empresas transnacionales puede no ser suficiente para neutralizar el abuso de la posición de poder de otras grandes compañías, ni los excesos del capitalismo global. Estas soluciones solo son verdaderamente efectivas si suceden en todas las empresas a la vez y en todas partes. Pero al intentarlo se ha vuelto a plantear si existe un interés general en la globalización, o lo que es lo mismo, si es posible llegar a un acuerdo mínimo, en relación con el futuro de las relaciones humanas que, sea cual sea la forma de ordenación que vaya a elegir, -multilateral, internacional, bilateral o nacional- tenga a los derechos fundamentales de las personas y su protección y respeto, como eje articulador y como instrumento de defensa frente al ejercicio de cualquier forma abusiva de poder.

El interés general en términos constitucionales, es la garantía de los derechos fundamentales de los individuos y su dignidad, y este debería también el interés general en el contexto económico internacional. Los DDHH constituyen -y deben constituir- la base sobre la que alcanzar cualquier pacto, desarrollo normativo, acuerdo regulatorio, u ordenación de los poderes públicos y del poder económico empresarial privado, así como de los individuos en sus relaciones sociales, económicas, comerciales, etc... en los niveles internos y en la comunidad internacional. En este proceso y en esta discusión el Derecho Constitucional sigue teniendo un importante papel a pesar de que, por el momento, no haya querido ejercer sus capacidades y sus competencias.

Quizá pueda hablarse de una constitucionalización de las relaciones internacionales para ordenar la globalización, fundamentándola en el respeto y la protección de los derechos de las personas, y no en el beneficio económico de las empresas y de los países. Los derechos fundamentales son (y deben ser) el elemento definitorio, constitutivo de cualquier relación jurídica, y son (y deben ser) el límite y la justificación del ejercicio del poder, adopte la naturaleza que adopte (político, económico, social, cultural...).

Es cierto que cuando se trata de relaciones entre particulares el problema no es tanto limitar y dividir el poder, para evitar el abuso o la tiranía (Asís Roig, 2000), sino también hacer posible el ejercicio de los derechos de todos, a la vez, en todas partes, protegiendo a los particulares más débiles de las agresiones procedentes de otros particulares más fuertes o en situación de ventaja, para mantener la paz social (art. 10 CE). Y que esto depende de la existencia de instrumentos que permitan la tutela judicial efectiva de los derechos y sistemas de reparación eficaz en caso de vulneración o incumplimiento.

Por eso la intervención del legislador y los instrumentos legislativos constitucionales son imprescindibles, también en estos casos, independientemente de que pueda haber o no un tratado internacional específico sobre esta materia, que no parece necesario si se activan los recursos constitucionales y se dotan adecuadamente los servicios judiciales nacionales. Hay que evitar que se produzca la impunidad en caso de abuso por parte de una empresa transnacional, impidiendo que se manipule y se utilice la debilidad del Estado en su favor, y hay que asegurar que las víctimas tienen acceso a la tutela judicial de sus derechos, en condiciones posibles, de forma efectiva y de manera cercana.

No es cuestión de establecer de nuevo, con otro formato, obligaciones o instrumentos de garantía de la efectividad de las normas que desarrollan o que protegen los derechos de las personas ya que las constituciones los prevén y los regulan suficientemente, sino de encontrar remedios, métodos, recursos para que esos instrumentos constitucionales puedan ser aplicables a estas nuevas formas de vulneración de los derechos de naturaleza transnacional, y sean eficaces y útiles para las víctimas.

Esto pasa por reactivar el conocimiento y aplicación de lo que hemos denominado “la Constitución económica”, es decir, la regulación constitucional de la actividad económica y comercial, y por devolver a las personas y al conjunto de la sociedad la capacidad de control político de las empresas con las que se relacionan.

Por lo tanto, el desarrollo de los instrumentos privados de auto regulación empresarial, o las reformas en la legislación civil y mercantil sobre responsabilidad social corporativa, no han alterado el sistema constitucional tradicional de protección de los derechos fundamentales, pero sí han ayudado al

debate sobre el papel de los DDHH en la gobernanza de la globalización y a la creación de una cultura de compromiso y cumplimiento privada, autoimpuesta y voluntaria, conectada con el movimiento en favor de la ética en los negocios, que ha resultado ser muy beneficioso para plantearnos cuáles debe ser los límites de la acción económica y empresarial global, y reactivar el ejercicio de los poderes del Estado, que había sido superado por la necesidad de defensa de los intereses económicos. En cualquier caso, no debemos olvidar que el problema de los DDHH como límites al ejercicio del poder se fundamenta en una determinada forma de entender las relaciones entre los ciudadanos y el Derecho, y entre el Derecho y el poder, y en una concepción de los derechos subjetivos de las personas como elemento “constituyente” de esa relación (McInwail, 1991).

VI. BIBLIOGRAFIA

- Peters G. (2007). Globalización, gobernanza y Estado: algunas proposiciones acerca del proceso de gobernar. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 39, 33-50.
- Ovejero, et al. (2020). *Derechos humanos y empresas*. Valencia: Tirant lo Blanc
- Prieto Sanchis, L. (2013). *El Constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta
- Fernández Liesa, C. (2019). Los actores no estatales y el Derecho internacional de los DDHH. *Revista derechos y libertades*, 41, 117-147.
- Transparency Internacional España (2017), *Informe Ley de Transparencia y grandes empresas en España*.
- Amoedo Barreiro, D. (2015). Consecuencias legales y económicas de la Ley de Transparencia para empresas privadas que producen servicios públicos o que tienen contratos con el sector público. Madrid: Transparency Internacional España. Proyecto Integridad.
- Lizcano, JL (2006). Buen gobierno y responsabilidad social. *Partida doble*, vol. 182, (p. 20 y ss).
- Ushakova, T (2020) La responsabilidad de las empresas en el sistema del Consejo de Europa, *Lex Social*, vol. 10, núm. 2
- Portmann, Roland (2010), *Legal Personality in International law*, Edit Cambridge University Press, Cambridge.
- Crawford, James, (2012), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Ed., Oxford University Press, Oxford, pp. 115-126.
- Fernández-Izquierdo, M.Á., (2018). Las agencias de calificación de la sostenibilidad, impulsoras de la inversión socialmente responsable. *Boletín de Estudios Económicos*, 73, 224, 367-385.
- López Garrido, D (1993). Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 15, 79-96.
- Aranda Alvarez, E. (2017). Derecho Constitucional económico: estabilidad presupuestaria y derechos sociales. *Revista de Derecho Político*, 100.
- Güiza Suárez y Kaufmann, (2024), Justicia ambiental y personas defensoras del ambiente en América Latina. Edit. Universidad del Rosario

- López Guerra, L. (1983). El modelo económico en la Constitución. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 2, 17-25
- Bassols Coma, M. (1988). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos
- Bilbao Ubillos, JM (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.
- Pérez Royo, J. (1994). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons
- Pérez Tremps, P. (2016). *Los Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Rubio Llorente, F. (2012). *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEPC.
- Ferrajoli, L. et al. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ruggie, J.G., (2013). *Just business: Multinational corporations and human rights*. New York: WW Norton & Company
- Migdal, J. (2012). *Estados débiles, estados fuertes*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Fukuyama, F. (2004). *La construcción del Estado; Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona: Ediciones BSA.
- Hernando Cebriá, L. (2008). La revisión legal (“legal due diligence”) en el Derecho Mercantil: transparencia y control en operaciones de inversión y en adquisiciones y fusiones de empresa. Comares.
- Devinney, T. M., Schwalbach, J., & Williams, C. A. (2013). Corporate social responsibility and corporate governance: Comparative perspectives. *Corporate Governance: An International Review*, 21(5), pág. 413-419.
- Durán Ayago, A. (2022). Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, N° 22.
- Guamán, A. (2022) Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, vol. 87 (marzo) (1-31).
- Mak, C., (2022) Corporate sustainability due diligence: More than ticking the boxes? », en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, núm. 3, pp. 301-303.
- Rubio Llorente, F. (1996). *La libertad de empresa en la Constitución, Estudios jurídicos homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*. Madrid: Civitas, 431-446
- Ruiz-Rico G (1995). La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia. *Revista de Derecho Mercantil*, 215, 223-258
- Gómez Calle, E. (2012). Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia. *Anuario de Derecho Civil*, 54, 29-102
- Aguamán, A (2021). Lex Mercatoria: una aproximación desde la óptica de los Derechos Humanos. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 2021, vol. 1, no 374, (p. 89-126).

- Moreno Morales, (2006). *Evolución del concepto de obligación en Derecho español: La modernización del Derecho de obligaciones*. Madrid: Aranzadi.
- Pistor, K. (2019). *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Oxford.
- Balaguer Callejón, F. (2018). Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 30, 2
- Diez-Picazo, L. (2011). La propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Madrid: *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2130
- Kaser, M. (1986). *Ius publicum und ius privatum*. Zeitschrift der Savigny- Stiftung für. *Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung*. 103, 1, 1-101
- Ankum, H. (1983). La noción de ius publicum en Derecho Romano. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 523-536
- Montoro Ballesteros, A. (2007) Sobre la teoría imperativista de la norma jurídica. *Revista Anales de Derecho*, 25, 133-180
- Márquez Carrasco, C. (2018). Las Relaciones entre el Derecho Internacional y la Practica Interna en el ámbito de los DDHH y la Responsabilidad de las Empresas. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, 707 y ss.
- Iglesias Márquez, D. (2019). Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y DDHH: viejos debates, nuevas oportunidades. *Deusto Journal of Human Rights*, 4, 145-176
- Oderinger, H., Salinier, C., Torres-Cor-tés, F. et al., Study on due diligence requirements through the supply chain. Part I, Synthesis report, Comisión Europea, D.G. Justicia y Consumidores Publications Office, 2020, pp. 65-71.
- Ortiz-Arce Vizcarro (2024). Nuevos horizontes para la UE en la Directiva Due Diligence: derechos humanos, medio ambiente y rendición de cuentas corporativa en las cadenas de valor, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024.
- García Torres y Jimenez Blanco (1996). *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas
- Rubio Llorente (1979), La Constitución como fuente del Derecho», *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid.
- Starck, C. (2002). Derechos fundamentales y derecho privado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 65-89
- Cruz Villalón P. (2012). *Conclusiones del Abogado General 18 de julio de 2013 caso Association de médiation sociale*, (asunto C-176/2012), apdo. 36
- Petersmann, Legal and Political Strategies for Making Multilevel Economic Regulations Consistent with Human Rights, en *International economic law in the 21st century: constitutional pluralism and multilevel governance of interdependent public goods*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 214 y 224
- De Asis Roig, R. (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Dykinson
- Hernández Zubizarreta, J. (2012): ‘Asimetría normativa’ y ‘Lex mercatoria’, en *Diccionario Crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*. Paz con Dignidad. Colección Antrazyt, Icaria, Barcelona.

McInwail, (1991). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: CEPC.

Hernandez Zubizarreta (2009), *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa: de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Edit. Universidad del País vasco, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional (Hegoa).