

XIII REUNION DE ECONOMIA MUNDIAL

Los sistemas de control de las empresas transnacionales: la fortaleza de sus derechos frente a la debilidad de sus obligaciones

Control systems in transnational companies: the strength of their rights as opposed to the weakness of their obligations

Juan Hernández Zubizarreta. UPV/ EHU- Hegoa. juan.hernandez@ehu.es

RESUMEN:

El poder político, económico y jurídico del que disponen las empresas transnacionales les permite actuar con un alto grado de impunidad, siendo su control normativo muy desigual, ya que sus derechos se protegen por una nueva *Lex Mercatoria* integrada por el conjunto de contratos, normas de comercio e inversiones de carácter multilateral, regional y bilateral y las decisiones de los tribunales arbitrales y Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la Organización Mundial del Comercio.

Sin embargo, sus obligaciones se reenvían a legislaciones nacionales sometidas a políticas neoliberales de desregulación, a la fragilidad normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la voluntariedad de la Responsabilidad Social Corporativa. La asimetría normativa resulta evidente.

Palabras clave: empresas transnacionales, sistemas de regulación, asimetría normativa, derechos humanos

ABSTRACT:

The political, economic and legal power held by transnational companies enables them to act with a high degree of impunity, with widely varying levels of regulatory control, since their rights are protected by a new *Lex Mercatoria* comprising a set of contracts, trading regulations and investments of a multilateral, regional and bilateral nature and the decisions of arbitration courts and the DSS (Dispute Settlement System) of the World Trade Organisation.

However, their obligations are referred to national bodies of legislation subject to neo-liberal policies of deregulation, to the regulatory fragility of international law on human rights and the voluntary nature of corporate social responsibility. The imbalance in these regulations is clear.

Key words: transnational companies, regulatory systems, regulatory asymmetry, human rights
Clasificación JEL, F02, F23, F53, 019

1. EL DERECHO ANTE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA: UNA APROXIMACIÓN METODOLÓGICA

Los estudios y análisis en torno a la globalización se han multiplicado en los últimos tiempos. Son muchos los aspectos sociales, culturales, económicos, políticos y jurídicos afectados por este término polisémico (Fariñas, 2005: 31) difícil de definir. De ahí, que se hable del “proceso de globalización” o de “procesos históricos” (Caballero, 2010:21-95, Calderón, 2006:1-12) de transformación política, económica, institucional, cultural y jurídica; más que de definiciones cerradas, capaces de abarcar toda su sustantividad.

No obstante, hay tres hipótesis previas que condicionan el desarrollo del presente capítulo. Implican tomar posición ideológica respecto a tres aspectos transversales en la configuración de la globalización económica. Dos de ellos son centrales: el modelo neoliberal y la debilidad democrática del proceso, y un tercero, más específico, pero que estructura parte de este trabajo, al menos en una de sus variables, el régimen jurídico de control de las empresas transnacionales: el Derecho ante la globalización. Estos tres aspectos serán puntualmente desarrollados a lo largo de la primera parte.

En la hipótesis inicial se abandona la idea de inevitabilidad de la globalización, tal y como se está desarrollando, o sus consecuencias “naturales” fruto de un determinismo mecanicista. Conviene diferenciar con precisión las transformaciones que la globalización acompaña, como la relación espacio-tiempo, las innovaciones tecnológicas, la transnacionalización de los mercados en todas sus dimensiones, la diversificación de la producción, las modificaciones de las relaciones laborales y un largo etcétera de mutaciones generadas por un fenómeno multifacético (Sousa Santos, 2003:168); de la gestión neoliberal del mismo y las consecuencias que produce. Una cosa es el carácter descriptivo de determinados procesos y otra muy diferente el proyecto político que subyace al fundamentalismo neoliberal, entendido como criterio central al que todo debe subordinarse. Como afirma Sachs, “los fundamentalistas del mercado consideran que el desarrollo es un concepto redundante. Éste se producirá como resultado natural del crecimiento económico, gracias al efecto de la filtración. Sin embargo, la teoría de la filtración sería totalmente inaceptable por motivos éticos, aun cuando funcionara en la práctica, cosa que –de hecho– no ocurre. En un mundo de pasmosas desigualdades, es un disparate pretender que los ricos se hagan aún más ricos, para que así los desposeídos estén un poco menos desposeídos” (Sachs, 2005:188).

De ahí que resulte imprescindible centrarse en la dimensión social y, en concreto, en los fuertes desequilibrios que se producen entre el mercado y los derechos humanos (Sousa Santos, 1998:176-232). La economía se globaliza y las instituciones democráticas que tutelan los derechos de las mayorías se ubican en un espacio subordinado y marginal; las instituciones globalizadas sustituyen el control democrático por la regulación opaca del comercio global.

La OIT considera que “las normas globales reflejan una falta de equilibrio. Las normas e instituciones económicas prevalecen sobre las normas e instituciones sociales; y las realidades globales están poniendo a prueba la eficacia de las propias normas e instituciones actuales. Se ha liberalizado el

comercio de los productos manufacturados, mientras sigue el proteccionismo en el sector agrícola. Con demasiada frecuencia las políticas internacionales se aplican sin tener en cuenta las especificidades nacionales. El desequilibrio de las normas globales puede agudizar las desigualdades iniciales. En la actualidad, las normas que rigen el comercio mundial favorecen con frecuencia a los ricos y poderosos, y pueden perjudicar a los pobres y débiles, ya se trate de países, empresas o comunidades” (OIT, 2004: 4).

Este es el telón de fondo de la globalización económica. Sus normas, instituciones y políticas no son la consecuencia aséptica del devenir económico mundializado, sino el resultado de la correlación de fuerzas existentes. Dicho de otro modo, el hecho de que en el vértice de la pirámide normativa se encuentre la tutela de los derechos objeto de regulación mercantil –y no los derechos humanos– no depende de ningún proceso inevitable, es fruto de la sacralización del mercado, tal y como iremos demostrando a lo largo de esta primera parte.

La segunda hipótesis previa a la que quisiera referirme es el desafío al que se enfrenta el Derecho a la hora de abordar la regulación de los múltiples factores que subyacen a los cambios provocados por el proceso globalizador. La crisis de los modelos teóricos y analíticos del Derecho, junto a la del monopolio normativo del Estado y de principios básicos como el monismo jurídico, los derechos subjetivos, la separación de poderes, el principio de legalidad y el de jerarquía normativa; sitúan a los ordenamientos jurídicos en una fase de adaptación muy difícil de predecir. Las instituciones multilaterales, las corporaciones transnacionales y los Estados imperiales forman una nueva dimensión política, económica y jurídica que sustenta el proyecto neoliberal (Faria, 2001: 13-15). Pietro Barcellona considera que al Derecho moderno se le encarga crear nuevas condiciones para la convivencia plural “por lo que pierde todo fundamento de justicia y se convierte en artificio, regla de juego, en espacio para la negociación de los intereses económicos en conflicto. El Derecho ha de vaciarse de todo contenido para convertirse en pura técnica formal...” (Barcellona, 1992: 46). Un desarrollo exclusivamente técnico-formal puede conducir a situaciones en las que los mecanismos jurídicos se perfeccionan a la vez que la situación social se deteriora (Chemillier-Gendreau, 2002: 33).

En esta dirección, Faria contrapone la crisis que actualmente vive el Derecho positivo y el pensamiento jurídico, con las transformaciones de la globalización neoliberal: “La dogmática jurídica¹ aspira a hacer posible la reducción de la experiencia a la estricta dimensión de la norma, configura lo jurídico como capaz de no verse condicionado ni por poderes absolutos ni por ideologías. Al ver así al derecho no como un hecho social ni como un valor trascendental sino simplemente como un conjunto de reglas positivas bajo la forma de un orden

¹ La dogmática jurídica es el resultado de la convergencia entre, a) la consolidación de un concepto moderno de ciencia, ocupado no tanto del problema de la verdad o falsedad de las conclusiones del raciocinio científico, como de su carácter sistemático y lógico-formal; b) la identificación entre los conceptos de Derecho y ley positiva, en un primer momento, y de Derecho y sistema conceptual de la ciencia, en un segundo momento; c) la separación entre teoría y praxis y la consiguiente afirmación de un modelo de saber jurídico como actividad prioritariamente teórica, avalorativa y descriptiva; d) el énfasis en la seguridad jurídica como sinónimo de certeza de una razón abstracta y general, resultante de un Estado soberano, con la consiguiente transposición de la problemática científica a las cuestiones de coherencia de la ley en sí misma (Faria 2001: 35).

coactivo, la dogmática permite la conversión del pensamiento jurídico en un aparato conceptual depurado de contaminaciones valorativas” (Faria, 2001: 37).

La dogmática jurídica se desarma ante la influencia de la globalización, el pluralismo jurídico frente al monismo, lo formal frente a lo informal, lo codificado frente a lo deslegalizado, el contractualismo frente a la ley, las relaciones de poder frente al imperio de la ley y la vigencia declarativa y poco efectiva de los derechos humanos frente a la crisis permanente de los mismos (Sen, 2010: 387-421). Estas contradicciones resurgen con toda su vitalidad. Ahora, más que nunca, abordar los nuevos desafíos normativos requiere revisar viejas controversias zanjadas desde el dogmatismo jurídico. Así, la legalidad y la legitimidad, la confrontación entre Derecho y justicia o la subordinación normativa a las relaciones de poder. Por otra parte, la especificidad científica del Derecho deberá incorporar los conocimientos de la Sociología, la Economía, la Política. La interdisciplinariedad se impone ante el carácter multifacético que incorpora la globalización. Además, como afirma Domingo Oslé (2008, p. 108), “lo internacional, mejor dicho, lo global ha pasado a ser patrimonio de todos los juristas, y no sólo de los internacionalistas”. La ciencia jurídica crítica deberá integrar la dogmática y la sociología como instrumentos para conocer las razones y objetivos del Derecho (Monereo Pérez, 2007: 46). Éste no se autoproduce al margen de los contextos socio-políticos (Arnaud, 1998:17-43). Las interpretaciones alternativas basadas en los derechos humanos y en los valores constitucionales para la resolución de los conflictos deben ir más allá de la mera aplicación formal de la norma.

La globalización genera una ruptura en la concepción monista del Derecho. El Estado deja de ser el protagonista central de la producción legislativa y el pluralismo jurídico global se consolida como expresión de una legalidad supraestatal, formal e informal, basada en las instituciones y agentes económicos dominantes (Julios-Campuzano, 2007:14-40). El Derecho Comercial Global, es decir la *Lex Mercatoria*, se encuentra condicionada por las relaciones de poder entre Estados y sectores dominantes, que desplazan al Derecho estatal construido en torno a la nación.

Desde la teoría del Derecho resulta imprescindible reconstruir una nueva dogmática jurídica global o universal. Así, en palabras de Tiwning (2000:188-191) “un renacimiento de la jurisprudencia general y una reconsideración del Derecho comparativo desde una perspectiva global como elementos claves de una perspectiva jurídica cosmopolita”. Monereo Pérez (2007:11-51) considera que el análisis del Derecho, como forma de la realidad compleja, no puede llevarse a cabo de manera exclusiva a través de la dogmática tradicional. Una teoría formal del Derecho (la tecnología jurídica) y del funcionamiento de las normas, sirve para deformar la realidad y legitimar las estructuras existentes. De ahí, que al análisis interno del mismo se una el punto de vista “externo”, “sociológico-jurídico y ético-político”. “El centro de interés para el jurista científico debe ser tanto el Derecho positivo, como la realidad social en la que se inserta” (Monereo, 2007: 47).

En definitiva, tanto los contenidos jurídicos, como el *iter normativo* y los sujetos supranacionales emisores de normas de Derecho Comercial Global, generan fisuras en las tesis formalizadoras de las normas, al margen de las relaciones político-económicas. Así, la seguridad jurídica que reclama la empresa Repsol ante la nacionalización puesta en marcha por el gobierno de

Evo Morales en Bolivia, no puede sustentarse exclusivamente en los contratos de explotación, firmados al amparo del Acuerdo para la Promoción de Inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia, ratificado en Octubre de 2001 entre España y Bolivia². Los derechos generados por la mera formalización de la norma, supuestamente bilateral, no pueden interpretarse al margen de las relaciones de fuerza impuestas por el modelo neoliberal. ¿La seguridad jurídica sustentada en contratos y tratados bilaterales está por encima de los derechos de la mayoría de hombres y mujeres bolivianos? (Hernández Zubizarreta, 2006: 44-46). La supuesta bilateralidad queda dinamitada por las imposiciones neoliberales, y la formalización de la norma queda contaminada por la quiebra de las categorías jurídicas fundamentales. El derecho de propiedad de la empresa Repsol se sitúa en el vértice de la jerarquía normativa, desplazando al conjunto de los derechos humanos. La bilateralidad asimétrica en fondo y forma desplaza al imperio de la ley, es decir, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En esta doble premisa, la globalización económica y su influencia en los núcleos centrales de los ordenamientos jurídicos, se ubica la actual fortaleza de las empresas transnacionales y las dificultades para ejercer un control jurídico eficaz.

La tercera y última hipótesis se refiere al modelo de democracia que acompaña a la globalización neoliberal. El binomio democracia-desarrollo humano está siendo sustituido por el de elecciones formales-mercado.

La necesidad de reformular los principios esenciales de la democracia no puede dissociarse de la profunda crisis que la globalización económica está generando en las instituciones representativas. El orden liberal, desde la estricta vertiente política, y su doble fundamento, representado por la imbricación de la democracia representativa y el Estado de Derecho, está amenazado -al menos- por el desplazamiento de las decisiones de los antiguos marcos de los Estados Nación hacia las organizaciones internacionales. La Organización Mundial del Comercio (OMC), el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el G8, G20... se están convirtiendo en las instituciones centrales del devenir de la ciudadanía de todo el planeta. Instituciones cuyo funcionamiento se desarrolla al margen de cualquier regla democrática.³ No obstante, el gran reto reside, tal y como lo describe Bensaid (2004:21) “en la disposición de los espacios y los tiempos donde poder ejercer un control democrático de los procesos de producción y reproducción social”. Por otra parte, las políticas neoliberales sustituyen a la ciudadanía por consumidores, a la ley por el contrato, a la lógica legislativa por la lógica contractual, al Derecho público por normas privadas, a la superioridad de los poderes ejecutivos por los legislativos, a las regulaciones laborales y derechos sociales por privatizaciones y desregulaciones, a la democracia representativa por disputas electorales y al Estado de Derecho por Estados al servicio de las empresas transnacionales.

² Boletín Oficial del Estado (BOE) de 10 de octubre 2002.

³ Como afirma Ramonet, “A escala planetaria, los tres protagonistas son: las asociaciones de Estados (Estados Unidos, Canadá y México, Unión Europea, MERCOSUR, ASEAN...), las empresas globales y grupos mediáticos o financieros, y las organizaciones no gubernamentales de dimensión mundial. Estos tres nuevos actores operan en un marco planetario fijado, no tanto por la Organización de Naciones Unidas, como por la Organización Mundial del Comercio. El voto democrático del conjunto de los ciudadanos tiene muy poco peso en el funcionamiento interno de estos tres nuevos actores”. Véase Ramonet (2003:16).

La globalización convierte a la democracia en un mero procedimiento formal, dirigido a la consolidación de la libertad de mercado, sin ningún objetivo emancipador. La privatización de los derechos humanos, la desregulación normativa en todos los ámbitos, es decir, la privatización del derecho, abre paso a la democracia del mercado y a la definitiva privatización de sus instituciones. La democracia se transforma en mera sucesión de actividades administrativas y procedimentales donde las contiendas electorales marcan la consolidación del libre mercado. La ideología neoliberal atenta contra la dimensión igualitaria y paritaria de la estructura democrática (Fariñas, 2005: 81).

2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES: CONTEXTO NORMATIVO

2. 2. La feudalización del Derecho Global

La impunidad con la que actúan las empresas transnacionales se vincula con el poder político y económico de las mismas (Zabalo, 2006: 5-10). Ésta es una primera característica del nuevo Derecho Global.

El poder político-económico de las empresas multinacionales (las concentraciones y fusiones de empresas transnacionales, los monopolios, las privatizaciones, las prácticas irregulares, los paraísos fiscales, las “puertas giratorias” entre el poder político y económico, los *lobbies* de poder...) y los efectos sociales y medioambientales que provocan con sus prácticas son muy graves, lo que se agudiza por las dificultades de control y por la impunidad con la que actúan. No se puede obviar que sus derechos se aferran al Derecho duro, clásico, que está constituido por lo imperativo, lo coercitivo y el control judicial-arbitral. Son la expresión de la jerarquía del mercado y de la acumulación de capital de unos pocos frente a las mayorías sociales. Las empresas transnacionales desterritorializan parte de su actividad económica y fracturan los diferentes sistemas de regulación y control a los que se ven obligadas. Instrumentalizan el conjunto de normas materiales y formales del Derecho Comercial Global para la tutela de sus intereses. Esta protección encuentra fuertes anclajes en el caudal normativo y jurisdiccional del comercio internacional. Son las normas de la OMC, los tratados regionales y bilaterales de comercio e inversiones, los contratos de explotación y los sistemas de solución de diferencias y tribunales arbitrales sus expresiones más concretas. Es un Derecho Internacional duro, imperativo, coercitivo, sancionador y jurídicamente eficaz.

La globalización económica ha profundizado en la crisis permanente entre la identidad del Estado de Derecho, como el conjunto de garantías de las libertades y límites a los poderes públicos desarrollados de manera genérica y abstracta y el Estado Social, intervencionista, y sus crisis asociadas a las económicas, que condicionan su pleno desarrollo en favor de los derechos sociales. Las prestaciones positivas, que implican un *plus* de actividad y no de abstención por parte del Estado, se han vinculado desde la perspectiva jurídico-procedimental a mecanismos discrecionales, concretos, muy especializados, cuantitativamente numerosos y sometidos a las relaciones de poder y a la mediación de los partidos políticos y presiones de grupos

económicos y corporativos. El sometimiento a la ley ha quedado subsumido en poderes muy discrecionales (Ferrajoli, 2004:16-19). La contractualización de la ley y de las relaciones económicas emerge con gran fuerza.

La globalización ha acentuado la crisis de los sistemas normativos y de sus principios básicos; los de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica. La falta de transparencia y de control democrático, la opacidad en todo el *iter* normativo y la ausencia de una jurisdicción internacional que tutele los derechos de las mayorías sociales han generado lo que Habermas ha denominado agujeros de legitimidad (Julios-Campuzano, 2007: 22).

2. 2. 1. Pérdida de funciones del Estado

Respecto a la pérdida de funciones y soberanía de los Estados, son las tesis que tratan sobre la presión indirecta que la hipermovilidad del capital genera sobre la capacidad de los Estados de mantener o profundizar el Estado de Bienestar, las que justifican su menor capacidad reguladora. La idea básica se fundamenta en la supeditación de toda política pública a la *tranquilidad* que los grandes inversores necesitan para aumentar sus tasas de ganancias (Torres, 2010: 28-32). Aquí la carrera hacia el abismo de los derechos se expresa en los límites y retrocesos de los derechos sociales de la ciudadanía, incluidos los de la clase obrera. En los países del Sur, el chantaje del FMI, el Banco Mundial, los acuerdos generales de comercio de la OMC y los tratados regionales y bilaterales, atrofian e inmovilizan la expansión del Estado de Bienestar. La crisis de la soberanía de los Estados es más un problema político que una consecuencia incontestable de la globalización. Es una apuesta por romper el pacto social y desequilibrar la –por otra parte– moderada redistribución de los beneficios, en favor del capital. El adelgazamiento del Estado se manifiesta en la vertiente del Estado de Bienestar, es decir, en sus políticas públicas y en los derechos sociales, y no en su fortaleza como muro de contención de las reivindicaciones sociales. Sus aparatos de control político son una muestra de su máximo esplendor (De la Fuente y Hernández Zubizarreta, 2006: 203).

En relación a su pérdida de competencias, el 11 de Septiembre (Silver, 2005: 25) ha supuesto una clara reactivación de poderes soberanos atrofiados, ya que el control del dinero de las redes del fundamentalismo islámico exige regular los flujos de capital, lo que ilustra cómo las posibilidades de crear mecanismos de regulación existen más allá de supuestas pérdidas de soberanía. Una vez más, se constata que las decisiones políticas pueden, al menos, modular la tendencia uniformadora de las políticas neoliberales.

El Estado se encuentra desbordado por fuerzas económicas internacionales que, de acuerdo con las categorías mencionadas, podrá controlar mejor o peor. La ruptura del nexo mercado-estado acarrea una serie de consecuencias importantes (Pacheco, 1999:123-158). La extorsión mediante la amenaza de la deslocalización, la movilidad de los flujos de capital sin regulaciones de contención y el espacio financiero global desregulado, son expresiones de la pérdida o reacomodo de competencias estatales (Carrascosa, 2004: 29).

El papel de los Estados no puede desvincularse del desarrollo del capitalismo. La soberanía nacional ha estado históricamente supeditada a la construcción de un mercado mundial y sometida a las confrontaciones bélicas entre los Estados imperiales. La semi-soberanía y cuasiestatalidad son viejas

tendencias que se manifiestan ahora con mayor gravedad en muchos Estados (Arrighi y Siver, 2001:101). Los Estados miembros del G8, y especialmente EEUU, han potenciado instituciones financieras y comerciales así como Tratados Regionales y Bilaterales de Comercio e Inversiones, junto a las intervenciones militares y económicas. La unilateralidad, la reinterpretación del papel de la ONU y la supeditación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Comercio Global han sido sus pautas normativas e institucionales

La existencia de los Estados imperiales es básica para el funcionamiento del capitalismo y de uno de sus agentes centrales, las empresas transnacionales. Su dimensión social se va reduciendo y el control y orden público ampliando. Algunas competencias normativas se extraterritorializan, las económicas-financieras se reenvían hacia ordenamientos internacionales de carácter coercitivo, imperativo y con eficacia jurídica máxima, mientras las competencias socio-laborales y los derechos sociales se someten a una *regulación de la desregulación*⁴ (Pastor, 2007:4) quedándose en el ámbito estatal y reterritorializándose. Los derechos de las empresas transnacionales se tutelan desde la extraterritorialización (normas de la OMC, el FMI, el Banco Mundial, los laudos arbitrales de obligado cumplimiento bajo la efectiva sanción en caso de incumplimiento) y desde la reterritorialización globalizada de sus Estados de origen, por medio de los tratados regionales y tratados bilaterales. Sin embargo, los derechos de los trabajadores y trabajadoras de las multinacionales en los Estados periféricos, en vez de internacionalizarse se reterritorializan desde la previa desregulación neoliberal de los años noventa y desde la debilidad tuteladora de sus poderes judiciales.

La contradicción –o mejor dicho, confrontación–, entre emergentes gobiernos democráticos de los países periféricos opuestos al pensamiento único neoliberal abre la puerta a numerosos conflictos sociales y a reinterpretaciones de las armaduras jurídicas neoliberales que defienden los intereses de las multinacionales en contra de las mayorías sociales.

Desde la perspectiva de las relaciones internacionales el concepto de soberanía se ha utilizado, de acuerdo con Stephen Krasner, de cuatro formas distintas. La legal internacional, que se relaciona con las instituciones y agentes formalmente independientes; la westfaliana, referida a la plena autoridad sin interferencias externas y en el marco de un territorio; la interna, que consiste en la plena organización institucional y de competencias en el interior de un Estado, y la interdependiente, la autoridad de un Estado capaz de regular todo tipo de situaciones, flujos y mercancías a lo largo de sus fronteras (Krasner, 2001:14). Según el autor unos Estados pueden tener un tipo de soberanía y otros, otras. Así la pertenencia a la OMC erosiona la westfaliana, o los Estados fracturados pueden tener reconocida la internacional y westfaliana y carecer del control de su territorio, y el fenómeno de la emigración cuestiona en muchos lugares la soberanía interdependiente. En cualquier caso, la clasificación académica nos permite comprobar cómo las empresas transnacionales inciden, al menos, en las tres primeras soberanías, pero no de una manera homogénea.

⁴ Las reformas laborales neoliberales son una tendencia continua en los Estados Desarrollados aunque su intensidad y ritmos se encuentran condicionados, sobre todo, por las presiones sindicales. En nuestro país destaca el reciente estudio de Otxoa (2007).

Los Estados imperiales y desarrollados participan de la soberanía internacional mediante el reconocimiento y constitución de las instituciones multilaterales económico-financieras. Es cierto que ese reconocimiento afecta en parte a la soberanía westfaliana, en cuanto que fruto de la cesión de competencias en el ámbito formal, las interferencias externas son una realidad. La OMC injiere en el territorio del país miembro. Las empresas transnacionales participan de estas decisiones, impulsan e influyen para que la interferencia en la soberanía westfaliana se traduzca en la pérdida de ciertas competencias, básicamente reguladoras del mercado, y –a su vez– se desregulen, por presión –al menos en parte– de las empresas transnacionales, los derechos sociales y laborales, y se fortalezcan aspectos autoritarios del Estado. Reducir el Estado de Bienestar en perjuicio de las mayorías sociales requiere fortalecer el Estado en su vertiente de control social. La influencia de las multinacionales en esta dirección es evidente. La intensidad de la pérdida de soberanía westfaliana y de autorregulación de soberanía interna, varía según la proximidad de los núcleos de poder del Estado desarrollado. No obstante, la reinterpretación unilateral y los incumplimientos de las normas multilaterales (Agricultura), o las resoluciones del Sistema de Solución de Preferencias de la OMC, convierten la pérdida de soberanía westfaliana en virtual, ya que se acepta su reducción formal, pero no *de facto*. No ocurre lo mismo con la soberanía interna, que se mantiene formalmente vigente en lo que a derechos sociales se refiere. La OMC no regula nada al respecto, pero las normas multilaterales se modifican *de facto* mediante privatizaciones y desregulaciones, y sus consecuencias repercuten sobre la ciudadanía y no sobre el capital. Desvelar esta situación va más allá de lo jurídicamente formal y penetramos en las oscuras relaciones de poder.

En los Estados periféricos la pérdida westfaliana y de soberanía interior es mucho más nítida. El reconocimiento y participación en las instituciones multilaterales implica subordinación a sus dictados. La presencia e interferencia de la OMC o de las políticas del FMI y el Banco Mundial es mucho más intensa y limitadora de la soberanía westfaliana que en los Estados centrales. A su vez la pérdida de competencias relacionadas con el mercado y con el carácter tuitivo del Estado de Bienestar se expresa en las recetas neoliberales y afecta a todo el aparato jurídico de los países receptores. Las desregulaciones, privatizaciones, libertad de mercado y reforma del Estado son los instrumentos jurídico- políticos utilizados. La soberanía westfaliana e interior quedan completamente limitadas. Los tratados regionales y bilaterales de comercio e inversiones son instrumentos que cierran el círculo de la pérdida de soberanía de los Estados periféricos, pero no debida a las instituciones internacionales sino a los Estados desarrollados y a sus empresas transnacionales. Las empresas transnacionales son beneficiarias de estas políticas.

En los Estados Fracturados la pérdida de control de sus territorios contrasta con su carácter formalmente independiente, pero, su independencia y soberanía no son funcionales. La disputa por los recursos naturales enfrenta a diversas elites con sus respectivos grupos armados vinculados, con mayor o menor intensidad, a empresas transnacionales y al propio aparato del Estado nacional. Institucionalmente son sociedades muy frágiles y la falta de Estado, la crisis, e –incluso– la inexistencia de separación de poderes e imperio de la ley, son elementos constitutivos de sociedades sin Estado. Los índices de los

Estados Fallidos están constituidos por la falta de autoridades para tomar decisiones colectivas, la inexistencia de servicios públicos, un mercado negro *institucionalizado*, la indisciplina a gran escala, la ausencia de políticas fiscales y la corrupción generalizada.

Los Estados Fracturados quedan básicamente excluidos de la regulación neoliberal directa y, únicamente si disponen de recursos naturales, sufrirán la intervención directa de empresas transnacionales, cuyos intereses estarán tutelados formalmente por medio de contratos de explotación.

Por último, las instituciones financieras internacionales, por medio de sus préstamos a los poderes soberanos, representan formas directas de disminución de soberanía westfaliana e interna. Desde la Segunda Guerra Mundial, han tomado la forma de contratos que son una clara inducción a la limitación de la soberanía mencionada. Exigen conductas específicas dirigidas no sólo a pactar la amortización de los créditos, sino a interferir en las políticas económicas e internas. Son numerosos los casos concretos que ilustran las políticas de las instituciones financieras (Krasner, 2001:183-216). Las políticas de condicionalidad y los planes de ajuste, son los instrumentos que han impactado con mayor precisión en las reformas neoliberales de los países periféricos y que más han afectado a las mayorías sociales.

2. 2. 2. Empresas Transnacionales, Pluralismo Jurídico y Competencias Estatales

La transnacionalización de los mercados de finanzas, capitales, mercancías y servicios requiere modificaciones institucionales y jurídicas importantes para el asentamiento de una economía globalizada. Los principios normativos y sistemas jurídicos establecidos por la teoría liberal hegemónica están sufriendo modificaciones sustanciales. Así, la crisis de la soberanía de los Estados, el monopolio estatal de la violencia y la consolidación de organizaciones multilaterales de comercio y las finanzas, que disputan –cuando no subordinan– las decisiones y el control del Estado. Aspectos a los que se suman las crisis de principios jurídicos, como el de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica, y la modificación del monismo jurídico (Mercader, 2003: 99).

La dimensión espacio-tiempo ha tenido como referente en los últimos tiempos al Estado nación como eje central (López Ayllón, 1999:7-21), considerando la vertiente supraestatal o transnacional y la infraestatal o local como subordinadas o intrascendentes. Las sociedades modernas aparecen atravesadas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, que sustraen al Estado el monopolio normativo y desplazan el monismo jurídico hacia el pluralismo. La idea de pluralismo jurídico tiene que ver con más de un sistema jurídico que opera en la misma unidad política (Sousa Santos, 1998: 19)⁵, implica ordenamientos jurídicos autónomos en un mismo espacio geopolítico y

⁵ La existencia de pluralismos jurídicos de ámbito infraestatal o local y en relación a las multinacionales, se expresa en la colisión entre la actividad de las empresas transnacionales y los derechos de las comunidades indígenas y la normativa internacional que tutela sus derechos. Conflicto que adquirirá relevancia cuando las legislaciones nacionales incorporen los derechos de las comunidades indígenas al bloque de constitucionalidad y los gobiernos nacionales pasen del reconocimiento formal a la eficacia normativa sustancial. Sólo desde esta perspectiva el choque con las normas comerciales internacionales tendrá posibilidades de éxito.

que se interrelacionan constantemente (Faria, 2001:15). El pluralismo jurídico puede manifestarse, a su vez, como la existencia de varias normas jurídicas en vigor en un mismo momento y sociedad, que regula de modo diferente una misma situación. Esta idea está conectada con el término *informal* que desde la perspectiva de la sociología jurídica se establece como todo procedimiento de resolución al margen de las formas ordinarias o extraordinarias fijadas por los ordenamientos jurídicos. Por último, se encuentran variantes externas del pluralismo jurídico dentro de las unidades supranacionales vinculadas a las reestructuraciones capitalistas de la globalización neoliberal.

La globalización desplaza los sujetos de producción normativa y modifica la dimensión de la armonización jurídica. Convengo con Julio-Campuzano (2007: 17) “que el sistema jurídico se convierte en algo abierto, flexible y poroso cuyas normas se entrelazan sin fin con normas procedentes de distintas instancias, de modo que el sistema se expande a través de los múltiples nexos colaterales de complejas redes normativas”.

En cualquier caso, la consolidación del pluralismo jurídico adquiere características sustantivas en el ámbito de la globalización económica y el orden jurídico internacional (Zapatero, 2003: 407). Estos perfiles no son ajenos a la conexión existente entre las formas jurídicas y las relaciones de poder capitalista. El Derecho como institución, básicamente al servicio de las estructuras políticas y económicas de poder, asume configuraciones históricas mutables, y –en el caso que nos ocupa– adecuadas a las características centrales de la globalización. La existencia de agentes y organizaciones económico-financieras supraestatales (las empresas transnacionales, la OMC, el FMI, el Banco Mundial y el G8) está generando un entramado institucional de perfiles propios (Farias, 2001:145) que utiliza categorías y principios jurídicos estatales y de Derecho Internacional, junto a prácticas privadas que regulan el comercio internacional por medio de una hiperinflación normativa difícil de conocer y controlar, dotada de *imperium* y con plena eficacia jurídica y sancionadora, adecuada a sistemas arbitrales de resolución de conflictos (Castillo, 2001: 229-241). Además, los controles democráticos, a pesar de contar con reglas formalmente democráticas, se encuentran sometidos a los poderes económicos y a las prácticas de los grandes bufetes de abogados que los representan. Todo ello refuerza la vertiente contractual y la bilateralidad por encima de la generalidad y abstracción de la ley. La fortaleza de las normas jurídicas privadas de comercio contrasta con los efectos *erga omnes* que acompañan a las mismas. El binomio privatización de las normas y efectos generales sobre la población, en este caso mundial, disloca los núcleos centrales y garantistas del Derecho.

Las normas internacionales de comercio e inversiones formalizadas en la OMC, los tratados regionales y bilaterales, el FMI y el Banco Mundial constituyen un Derecho Comercial Global, jerárquicamente superior a los ordenamientos nacionales, sobre todo de los Estados periféricos⁶. Estas normas, junto a los contratos de inversión de las empresas transnacionales y

⁶ Julio-Campuzano (2007:18) recoge la clasificación de Slaughter que distingue las redes gubernamentales en el seno de las organizaciones internacionales (los gobiernos participan a través de agencias en los organismos internacionales, FMI, Banco Mundial...), las redes gubernamentales que surgen fuera de instituciones internacionales formales (así, acuerdos del G8) y redes gubernamentales espontáneas básicamente informales que pueden desembocar en forma de acuerdos ejecutivos, convenios...etc.

las prácticas privadas van formalizando de hecho situaciones de pseudo pluralismo jurídico, más cercano a un monismo jurídico de las grandes corporaciones comerciales que a otra cosa. Los Estados periféricos alejados de las estructuras de poder son la prueba fehaciente de la quiebra de la centralización normativa, ya que ésta queda desplazada por las normas del Derecho Global del Comercio. El pluralismo jurídico se expresa en la debilidad normativa estatal frente a la fortaleza del Derecho Internacional del Comercio y la fragilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo. Capella ha acuñado el término *soberano privado supraestatal*, “que está constituido por el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y, sobre todo hoy, de los conglomerados financieros. Se impone mediante instancias de diverso tipo: convencionales interestatales, como el G7 (conferencias del grupo de los países más industrializados), fundamental para la reglamentación del comercio mundial; instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (que proceden de los acuerdos de Bretón Woods), la OCDE o la OMC, e instancias privadas de creación de derecho, como las que establecen para interrelacionarse los grandes grupos económicos transnacionales” (Capella, 1999: 108).

Las empresas transnacionales se convierten en poderosísimos agentes económicos que condicionan directa o indirectamente la producción normativa estatal e internacional, mediante acuerdos formales e informales a escala mundial y mecanismos específicos de resolución de conflictos, al margen de los criterios y fundamentos de los poderes judiciales. Por otra parte, los criterios de legitimación, más basados en el poder que en la democracia, les garantizan la plena seguridad jurídica. No se está acuñando un Derecho Universal y sí un Derecho Global más privado que público (Fariñas, 2005: 147).

La globalización ha consolidado un nuevo pluralismo jurídico (Arnau, 1998: 63-66) donde los Estados periféricos sucumben al Derecho Comercial Global, que reaparece con un poder desconocido en la esfera jurídica internacional. Derecho más cercano, tal y como comprobaremos, a normas privadas que a públicas. La pérdida del monopolio jurídico estatal no ha venido acompañada de la superioridad normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional del Trabajo, o –al menos– de su equiparación, permaneciendo atrincherados en las frágiles características del Derecho Internacional. No son normas capaces de contrarrestar el poder político y económico de las empresas transnacionales. Por otra parte, los códigos de conducta de las transnacionales responden a una lógica de voluntariedad y unilateralidad situada en los contornos del Derecho, siendo manifestaciones privadas, en este caso, de las obligaciones referidas a los derechos sociales de las empresas transnacionales.

La transnacionalización de la regulación jurídica adquiere, de acuerdo con Sousa Santos (1998:82 y ss.) perfiles específicos en el marco de la globalización neoliberal. El mercado único, establecido por el Consenso de Washington, propicia un modelo de desarrollo que implica ajustes estructurales y cambios jurídicos de mucha intensidad para un nuevo régimen de acumulación capitalista. La nueva arquitectura jurídico-económica implica destruir las instituciones y normas anteriores. Esta destrucción afecta más a los Estados Periféricos, que se ven amenazados no sólo por los Estados

imperiales sino por las nuevas instituciones multilaterales y agentes privados, como las empresas transnacionales. Las políticas de ajuste estructural implican que el Estado desregule mediante una nueva re-regulación.

Desde esta perspectiva la economía se impone y el Estado bascula entre la dualidad formal de su soberanía o las decisiones realmente sustantivas. Junto a las reflexiones anteriores, relacionadas con la ubicación de los Estados en la estructura de poder, resulta conveniente contrastar las competencias que determinan el peso de sus economías nacionales. En este sentido, Faria (2001:22) considera competencias básicas “la dimensión de su mercado consumidor, la capacidad de inversión de los capitales privados nacionales, el control de la tecnología punta, la especificidad de sus bases industriales, el grado de modernidad de sus infraestructuras básicas, niveles de escolaridad, políticas monetarias, fiscales, cambiarias y asistenciales...”. Cuanto más alejadas se encuentren estas competencias de la autoridad de los Estados, más cercanas se sitúan de las empresas transnacionales y de las instituciones que las sustentan. La libre competencia y la flexibilidad laboral se convierten, a su vez, en principios inherentes a las políticas socio-laborales de los Estados periféricos. El Estado no puede intervenir en la economía ni diseñar políticas públicas reequilibradoras de la misma.

Supiot (2006:103-107) analiza un caso concreto al respecto. Parte de cómo los indicadores de desempleo de los países dependen mucho más de la OMC y de las empresas transnacionales que de las legislaciones laborales. La avicultura intensiva,⁷ en la década de los ochenta, se estableció como un modelo intensivo dependiente de las transnacionales alimentarias y con bajísimos costes sociales. Generó un alto crecimiento económico inicial que, en poco tiempo, quedó supeditado a deslocalizaciones de las multinacionales en China, Tailandia y Brasil, de donde comenzaron a reimportarse productos congelados. Los efectos en los ganaderos europeos fueron una mayor presión para elevar la productividad, reducir costes sociales y, aún así, disminuir beneficios. Por ejemplo, la avicultura bretona quedó destrozada por la importación de piezas selectas de pollo congelado de Tailandia y Brasil. A su vez, algunos países africanos protegidos por los Acuerdos Comerciales de Lomé sufrieron el impacto de las reglas de libre comercio de la OMC, quedando eliminada toda protección nacional. El resultado fue la importación masiva de cuello, alas y rabadillas congeladas y despreciadas por los consumidores del Norte, quebrando toda industria local. Supiot considera que el ejemplo descrito es una “aplicación ejemplar de la división internacional del trabajo... Invirtiendo los principios jurídicos establecidos en el periodo de post guerra, estas reformas han facilitado el desarrollo de un dogmatismo partidario del libre mercado cuyos efectos son tan destructivos para los trabajadores autónomos o informales como para los empleados asalariados, del Norte y del Sur” (Supiot, 2006:107).

La pérdida de competencias tiene el problema añadido de realizarse al margen de los espacios democráticos, mediante técnicas poco transparentes y sin control de las instituciones del Estado de Derecho. Además, la construcción de una economía globalizada esta proponiendo un sistema autoorganizado y autorregulado que se basa en la conformación de redes formales e informales

⁷ La avicultura intensiva implica 25 aves por metro cuadrado, antibióticos en su alimentación, fuerte contaminación, producto de sabor insípido, riesgo de enfermedades como la gripe aviar... etc.

de empresas transnacionales, que ponen dificultades a su control por parte de los Estados, fundamentalmente de los periféricos. Parece que el Estado debe limitarse a coordinar, adecuar intereses y realizar ajustes presupuestarios (Faria, 2001: 32).

3. EL MERCADO ANTE LOS NÚCLEO CENTRALES DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS: CRISIS DE LA FUNCIÓN REGULADORA DE LA NORMA JURÍDICA

La crisis de la función reguladora de la norma jurídica se manifiesta de diferentes maneras:

1. La debilidad democrática de las instituciones económicas globales.

La OMC, las instituciones de Breton Woods, los acuerdos comerciales y de inversión de carácter regional y bilateral y las empresas transnacionales tienen una débil legitimidad democrática. Las instituciones como la OMC, el FMI y el Banco Mundial deben, únicamente ser tratadas con un estatus técnico de especialización en la esfera económica, al igual que la OIT lo es en aspectos laborales. La especialización no implica, tal y como se ha reinterpretado *contra legem*, una división del trabajo de manera independiente entre la ONU y la OMC. Las instituciones financieras y la OMC deben rendir cuentas a la Asamblea General (Sartorius, 2010:79-102). En la fase actual del capitalismo, las decisiones que afectan a las mayorías sociales, se adoptan en instituciones poco transparentes en su funcionamiento, sin debate político, ni económico, ni jurídico.

2. La contractualización de la ley y de las relaciones económicas emerge con mucha intensidad frente a la norma jurídica

Las empresas transnacionales son la expresión más nítida de la globalización neoliberal, agentes económicos cuya regulación se mueve más en la esfera "contractual" que en la de la "ley". Hay que partir de que el Derecho Internacional del Comercio, y en concreto los Tratados Bilaterales de Libre Comercio y de Protección y Promoción de las Inversiones, se establecen en función de una negociación formal entre partes absolutamente desiguales, reflejo exclusivo de relaciones de poder y estímulo de la desigualdad. La ausencia de leyes, normas internacionales, que regulen su funcionamiento, sus derechos y obligaciones, son la máxima del proyecto neoliberal. Tal y como afirma la jurista francesa Monique Chemillier-Gendreau "no se puede idealizar la ley, que resulta también de una relación de fuerzas, pero está más distanciada de las fuerzas brutales, representa más una síntesis, y así fija límites a lo que se puede ser concluido por contrato" (Chemillier Gendreau, 2001:11-20). Desde esta última perspectiva, Sousa Santos y Gaviria (2004: 20-23) consideran que los presupuestos clásicos del contrato social de la modernidad Occidental están en crisis al entrar en confrontación con la globalización neoliberal. El Derecho oficial pierde su centralidad y se desestructura al coexistir con otro Derecho no oficial dictado por diversos

legisladores de hecho. Además, en el ámbito internacional el contrato social entre los países capitalistas se formaliza en el denominado Consenso de Washington que se impone ineludiblemente a los otros países ya que su no aceptación implicaría su exclusión total de los circuitos económicos. El proyecto neoliberal en las relaciones laborales mantiene la misma lógica contractual del ámbito internacional y propone sustituir el contrato de trabajo por el contrato civil donde la parte más débil acepta las condiciones impuestas. Como afirma Sousa Santos y Gaviria (2004:32), “en las situaciones de privatización, el contrato social que precedió a la producción de servicios públicos en el Estado de Bienestar y en el Estado desarrollista, es reducido al contrato individual de consumo de servicios privatizados.”

3. La reinterpretación normativa desde las relaciones de poder

Stefano Rodotà (2010:79), afirma que “el interés económico choca, pues, con los derechos y nos conduce a un mundo en el que la globalización no equivale a uniformidad de tratamiento de las personas sino, por el contrario, a utilización de las diferencias jurídicas para hacer cristalizar las relaciones de fuerza existentes.”

Las medidas que se imponen a los países empobrecidos, relacionadas con la eliminación de todo tipo de proteccionismo, no se aplican a los Estados ricos. Éstos siguen protegiendo sus sectores estratégicos. Lo que perjudica realmente a los Estados pobres es el régimen desigual que permite a los Estados ricos protegerse y a los pobres renunciar a todo tipo de cautela al respecto. La liberalización comercial sólo avanza allí donde la competencia ha sido destruida y la desigualdad permite dejar de proteger los productos que ya se han hecho dueños de los mercados mundiales. Esta lógica beneficia a las empresas transnacionales y debilita la soberanía de los Estados Periféricos. La relación debería invertirse y ofrecer un trato desigual a los desiguales y no igual a los desiguales, protegiendo las economías pobres en favor de la creación de empleo y reparto de la riqueza.

4. La inflación legislativa (Ferrajoli, 2004:16), o inflación jurídica (Nitsch, 1982: 165) que responde, entre otras cuestiones, a la presión de corporaciones y empresas transnacionales y queda reseñada por el aumento de normas, de su especialización, complejidad técnica, pérdida de abstracción y generalidad, fragmentación, celeridad en el proceso de elaboración e imposibilidad de conocimiento de las mismas⁸; características que se entroncan en uno de los barómetros de la globalización. La ilegibilidad de la información que en el actual proceso neoliberal favorece a las multinacionales que presionan a favor de regulaciones *ad hoc* a sus intereses económicos. El desbocamiento de los ordenamientos internos (Mercader, 2003:97) es uno de los principios nuevos que afectan a los núcleos esenciales de los ordenamientos jurídicos⁹. Así, en

⁸ El Comité de Derecho de Comercio Internacional de la Asociación de Derecho Internacional en junio de 2006 reconoció que con la actual proliferación de acuerdos regionales y bilaterales de comercio junto al sistema multilateral, ningún experto tiene capacidad de seguir adecuadamente todos los desarrollos normativos (Cortázar Mora, 2006: 278).

⁹ Desde una perspectiva jurídica similar pero ajustada a legislación española, García de Enterría afirma: “Hoy la ley, es, sobre todo, una Ley-medida, que más que definir un orden abstracto con pretensión de permanencia, pretende, por el contrario, resolver un problema concreto y singular para afrontar e intentar resolver dicho problema. Hoy son características las

algunos textos normativos que regulan cuestiones comerciales en el marco de la OMC, la confusión es continua sobre todo respecto a los derechos de los países pobres y a las obligaciones de los países ricos: defectos de redacción gramatical, calificativos que debilitan las obligaciones, obligaciones ineficaces, disposiciones vagas, “refugios” para escapar de las obligaciones, disposiciones oscuras y anexos y notas a pie de página que contienen elementos sustanciales de derechos y obligaciones¹⁰ (Lal Das, 2005:115-129).

5. La pulverización del Derecho legislativo (Zagrebelsky, 1995:37) “ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal; el proceso de administrativización normativa, resultado de la absorción por el ejecutivo de núcleos importantes de producción normativa; la crisis de la unilateralidad de las normas, consecuencia de la proliferación de nuevos tipos normativos vinculados con la línea, cada vez más marcada, de contractualización de los contenidos de la ley; y, en fin, la hipertrofia que aqueja a la norma legal, y que no es sino un efecto derivado del imparable proceso de inflación normativa” (Mercader, 2003: 97)¹¹.

6. La firma de contratos de explotación de empresas transnacionales de hidrocarburos con los Estados receptores de las mismas conlleva un desplazamiento normativo de carácter formal, una privatización más que una administrativización, en la regulación de los derechos de las mayorías sociales. Así, los contratos renegociados por el gobierno boliviano en el marco de la nacionalización son un ejemplo claro. Meses después de su firma-convalidación, en el Congreso se revisó su contenido debido a las supuestas contradicciones existentes entre las cláusulas centrales y los anexos de los mismos. Éstos recogen los fundamentos jurídicos de los derechos de las transnacionales, y en concreto, el de anotarse las reservas. La pulverización del derecho legislativo, el decreto de nacionalizaciones, se expresa en este

Leyes y Reglamentos que pretenden articular y organizar políticas públicas... Es notoria la diferencia de estas normas de nuevo cuño con las que habían imaginado el pensamiento clásico, la diferencia entre una Ley anual de Presupuestos y sus cada vez más nutridas Leyes de Acompañamiento o de Medidas, con lo que puede significar la Ley que estableció el Código Civil. La Ley –medida no pretende definir un orden abstracto de justicia y tendencialmente permanente; renuncia deliberadamente a las dos cosas y se presenta abiertamente como una norma ocasional, contingente, explicable sólo en función de una situación o problemas determinados que se pretende enderezar o superar...” García de Enterría, (1999: 50-51).

¹⁰ Así, la redacción oscura de obligaciones en el Artículo XVI del Acuerdo Marrakech, y en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; las obligaciones debilitadas, en el art. 15 del Acuerdo Antidumping; las obligaciones ineficaces, en el art. XIX del GATS, no queda claro sobre quién recae la obligación ni de qué manera se pone en marcha; las disposiciones vagas, párrafos décimo y undécimo del art. 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; los refugios contra obligaciones, el Acuerdo sobre Textiles y Vestidos obliga a la liberalización en plazos determinados, pero la inclusión en un anexo de una larga lista de productos estuviera o no restringida su entrada, con lo que en toda la fase transitoria no se produjo la apertura a ninguno de los productos protegidos, aunque los porcentajes de liberalización se cumplieran; las disposiciones oscuras, Acuerdo sobre Agricultura, art. 6 y el anexo 2; anexos y notas a pie de página, Acuerdo Antidumping, nota 9 y 45 definen el término daño, elemento central para la concreción sobre un derecho antidumping.

¹¹ El desbocamiento de los ordenamientos internos, la pulverización del Derecho legislativo y la conformación de un nuevo Derecho Global afectan también al conocimiento del Derecho por parte de los jueces. Tema complejo que incide de manera directa en la delimitación, ya de por sí compleja, del aforismo *Iura Novit Curia* (preparación técnica de los jueces).

caso en la contractualización asimétrica del mismo, subordinando el derecho al desarrollo, expresado en el control de las reservas naturales, a los derechos de las multinacionales, concretado en la adjudicación de las mismas a su patrimonio.

7. Por otra parte, y desde el punto de vista formal, se distorsiona el valor de los instrumentos legales desplazando, en los contratos de explotación, los núcleos centrales de la tutela de los derechos de las empresas transnacionales y de las cláusulas contractuales a los anexos de los contratos. Interpretación explicable únicamente desde la asimetría y desde las relaciones de poder que se imponen a la norma jurídica, ya que de otra manera carecería de cualquier lógica jurídico-formal, la fortaleza normativa de los anexos de contratos de explotación frente a las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. ¿Por qué los anexos aparecen blindados jurídicamente y permiten anotar las reservas de hidrocarburo al haber de las multinacionales con todo lo que ello implica y la Declaración del Derecho al Desarrollo es, en el mejor de los casos, una mera carta de buenas intenciones?

8. El paralelismo de las formas que queda en entredicho, tanto por la consolidación de pluralismos jurídicos supraestatales como por la compleja y confusa tela de araña que se crea en el ámbito normativo internacional, sobre todo en el de comercio e inversiones. La relación norma jurídica-órgano y procedimiento constitucionalmente habilitado para su elaboración, junto al procedimiento y modificación de la misma por la institución legitimada, se encuentran sometidos a tendencias normativas en sentido contrario (Chemillier-Gendreau, 2001:164). Lo ocurrido en la Cumbre de Copenhague sobre el medio ambiente ratifica esta idea. El Protocolo de Kioto de 1997 cuyo texto legal se cerró definitivamente en el 2004¹², ha quedado devaluado formal y materialmente por el denominado Acuerdo de Copenhague de 2009 en el que 192 países “toman nota” de una mera declaración política, que en ningún caso puede considerarse como un texto vinculante,¹³ sus disposiciones no tienen ningún carácter legal. ¿Cómo se puede exigir el cumplimiento de Kioto que formalmente se encuentra en vigor hasta el 2012, si lo aprobado en Copenhague es una mera declaración de intenciones? De facto, ésta sustituye al Tratado de Kioto¹⁴.

9. El imperio de la ley ya que partiendo del concepto de Laporta (2007: 247) como “la exigencia compleja de que el ordenamiento jurídico esté configurado en su núcleo más importante por reglas generales y abstractas que administren un tratamiento formalmente igual para todos sus destinatarios,

¹² El procedimiento regulado en Kioto establecía como límite temporal el 2005. Se comienza a tratar el tema en la Cumbre de Bali en el 2007 y se establece un plazo de dos años. A partir de ahí el tema se trata en la reunión del G8 (2009) en L' Aquil (Italia) y en las reuniones de Bonn, New York, Bangkok, Barcelona y finalmente en Copenhague.

¹³ Tesis expresamente ratificada por Yvo de Boer responsable de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

¹⁴ El Acuerdo es un texto vacío, sin cifras concretas. Los países que lo apoyaron se comprometieron a precisar contenidos concretos sobre reducción de emisiones antes del 31 de enero del 2010. Son numerosos los países que no han confirmado ningún dato. Además, de los 194 países miembros de la Convención sobre Cambio Climático de la ONU, solo han apoyado el acuerdo 55.

razonablemente estables, de fácil conocimientos público, carente de efectos retroactivos, y accionables ante los tribunales”, el desacoplamiento, en palabras del mismo autor, entre la globalización económica y la naturaleza estatal de las normas jurídicas en que se sustenta el imperio de la ley genera efectos favorables a los intereses económicos de las empresas transnacionales. Resulta sorprendente que a las prácticas, contratos tipo, tribunales de arbitraje y tratados internacionales de comercio se sumen las “leyes modelo” que los gobiernos incorporan a sus legislaciones. Es una verdadera homogenización neoliberal que pretende evitar la supuesta rigidez de los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones, desde la presunta conformación de voluntades.

10. El declive de las garantías de los derechos civiles y políticos e ineficacia de los derechos sociales y económicos.

11. La pérdida de mecanismos de control y de amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos junto al desplazamiento de las instituciones democráticas generadoras de normas, por instituciones cuya legitimidad no queda arraigada en la soberanía popular¹⁵. La legislación se impregna de oscuridad y confusión democrática. La Comisión Europea ha comenzado a elaborar “las nuevas legislaciones” de una nueva regulación que permita evaluar los costes correspondientes a la competitividad. Estas nuevas meta-regulaciones o contra regulaciones se elaboran en función de indicadores establecidos por expertos. Es una censura previa a los debates parlamentarios que permite comprobar el impacto de iniciativas legislativas en el marco de la competitividad. Así, 68 directivas comunitarias pueden retirarse del parlamento con esta lógica, la prohibición de que los vehículos de mercancías pesadas circulen los fines de semana, es un ejemplo (Supiot, 2006:111). La competencia entre transnacionales y las reglas mercantiles impactan en los núcleos constitutivos de las esferas normativas. El libre mercado dinamita el Derecho y, en ningún caso, parece que el Derecho regule el mercado.

12. La creación del principio de los vasos comunicantes entre normas de comercio e inversiones y entre instituciones y gobiernos, es decir, lo que no se obtenga en el seno de la OMC se obtendrá por medio de tratados o acuerdos comerciales o de inversiones de carácter bilateral o regional. Así, en el tema de las patentes farmacéuticas se crearon las reglas sobre el Acuerdo de los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC-plus), es decir, se incorporaron a los tratados las interpretaciones más restrictivas sobre su aplicación, se blindaron los derechos de propiedad bajo patentes y se vaciaron de contenido las excepciones recogidas en el texto original de las normas ADPIC de la OMC. Además, los plazos transitorios y las medidas flexibles en la aplicación de las patentes para los países empobrecidos, previstos en el texto original, quedaron sin efecto al ratificar éstos diversos tratados o acuerdos comerciales o de inversiones.

13. La Seguridad Jurídica (Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2010: 35-37)

¹⁵ Sobre la democracia y globalización, véase Sanz Burgos (2007: 582-586).

Respecto a la seguridad jurídica, el anuncio, en mayo de 2010, de la nacionalización de cuatro empresas eléctricas en Bolivia, por parte del presidente Evo Morales, supuso continuar con la senda marcada por su gobierno en los últimos años. Pero, en este caso, la noticia no generó el revuelo mediático y diplomático que se originó hace cuatro años con una medida similar que, en aquel momento, sí afectaba directamente a los intereses económicos de empresas españolas: “Evo Morales nacionaliza por decreto el petróleo y el gas de Bolivia” y “Repsol YPF dice que va a defender sus derechos”,¹⁶ titulaban los diarios españoles aquellos días de la primavera de 2006.

Desde entonces, cada vez que en América Latina ha habido intentos de avanzar, en mayor o menor medida, en la recuperación de la soberanía estatal sobre los recursos naturales, la energía o los sectores claves de la economía, para defender las inversiones de las corporaciones transnacionales se ha hecho habitual el uso de un concepto que se ha convertido en clave: la seguridad jurídica. Porque, como dice Gerardo Díaz Ferrán, presidente de la Confederación Española de Organizaciones empresariales (CEOE), “la necesidad de que los marcos regulatorios para el inversor sean claros y vengán acompañados de la suficiente seguridad jurídica y estabilidad económica es fundamental para poder rentabilizar a largo plazo las inversiones”.

En este mismo sentido, en la Comisión de Asuntos Iberoamericanos del Senado se aprobó a principios de este año –con el voto favorable de todos los grupos excepto el de la Entesa Catalana de Progrés– el informe de la ponencia sobre el papel de las empresas españolas en América Latina. En él se recoge una clasificación de los países de la región en base al “grado de seguridad jurídica”: entre los más seguros, México, Perú y Colombia; entre los inseguros, Cuba, Venezuela, Ecuador y Bolivia. Y, a la vez, en el informe se agrupa también a los países según el grado de oportunidades de negocio y las facilidades a la inversión extranjera directa que ofrecen, dándose el hecho de que son los países con mayor seguridad jurídica los que, precisamente, brindan las mejores perspectivas para las actividades de las grandes empresas.

Con todo ello, parece claro que esta utilización del concepto de seguridad jurídica únicamente hace referencia a un nuevo Derecho Corporativo Global, que se concreta en una serie de normas y acuerdos bilaterales, multilaterales y regionales promovidos desde instancias como la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI). De este modo, sólo parece entenderse la idea seguridad jurídica en el marco de esta *lex mercatoria*, ya que su único fundamento resulta ser la protección de los contratos y la defensa de los intereses comerciales de las compañías multinacionales.

Sin embargo, no por reiterada resulta menos cuestionable esta interpretación de lo que debe significar la seguridad jurídica. Y es que no tiene mucho sentido argumentar, por un lado, que los conceptos jurídicos y los usos y principios internacionales universales –como los de equidad, el enriquecimiento injusto y de buena fe– sólo pueden contribuir a regular las relaciones entre Estados y no las de los negocios privados, mientras, por otro, los tribunales internacionales de arbitraje –como el Centro Internacional de Arreglo sobre Diferencias de

¹⁶ Titulares de noticias aparecidas en el diario *El País* los días 2 y 5 de mayo de 2006.

Inversiones (CIADI)—, que se crearon para dirimir conflictos entre Estados, sí son utilizados para resolver contenciosos entre Estados y empresas transnacionales.

Además, se hace una interpretación a conveniencia del principio de *pacta sunt servanda* (“lo pactado obliga”), en tanto que sirve de base para blindar los contratos firmados en el pasado por las empresas transnacionales, pero al mismo tiempo se obvian las cláusulas *rebus sic stantibus* (“lo establecido en los contratos lo es en función de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración”), con lo que se insiste en que los acuerdos suscritos por gobiernos anteriores deben ser respetados en aras de la seguridad jurídica. Así, volviendo al caso de Bolivia, se ignora que el aplastante triunfo electoral de Evo Morales iba ligado a un programa que incluía las nacionalizaciones, así como que existía un importante cuerpo normativo de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Trabajo ratificado por ese país: el intento de modificar las reglas neoliberales por parte del nuevo gobierno puso de manifiesto la férrea armadura jurídica que tutela las reglas e intereses de las corporaciones multinacionales.

En todo caso, vale la pena insistir en que la seguridad jurídica es un principio internacional no vinculado únicamente a valoraciones económicas: la verdadera seguridad jurídica es la que sitúa al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por encima del nuevo Derecho Corporativo Global. Es decir, a los intereses de las mayorías sociales frente a los de las minorías que controlan el poder económico. El ejemplo boliviano –Venezuela y Ecuador también han tomado medidas similares– debe servir para ilustrar que el Estado se encuentra facultado para modificar las leyes y contratos con las empresas transnacionales si éstos establecen un trato que vulnera la soberanía nacional y los derechos fundamentales de la mayoría de la población. Todo ello por imperio de la nueva Constitución y del artículo 53 de la Convención de Viena, que establece que las normas imperativas sobre derechos humanos y ambientales prevalecen sobre las normas comerciales y de inversiones.

Por último, la crisis del Derecho es inseparable de la crisis de los Estados, de su soberanía y de los sistemas de fuentes. Son numerosas las funciones que se sustraen a la capacidad normativa del Estado y cuanto más alejados se encuentren de los centros de poder económico y político éstas tomarán relieves cualitativos y cuantitativos más reseñables. Su papel intervencionista y su capacidad normativa se desplazan hacia instituciones supranacionales o, incluso, hacia empresas transnacionales y sus regulaciones privadas. Los Estados se dedican más a sostener la lógica mercantil de los distintos agentes sociales y económicos que a regular y disciplinar a los mismos. Fomentan la flexibilidad en el ámbito jurídico mediante las privatizaciones, desregulaciones y limitaciones de las políticas públicas. El Estado legisla no legislando (Sánchez Barrilao, 2004: 248-256).

14. La privatización del Derecho

Los indicadores riesgo-país son una expresión clara de la privatización de las normas y de la pérdida de soberanía de los países del Sur. El riesgo país convencional es un indicador económico que expresa la capacidad de una nación para hacer frente a sus deudas. Es uno de los datos más importantes para reflejar el estado de las economías de los países en desarrollo (Unceta,

2009: 51-66). Una mejor o mayor clarificación de riesgo se traduce en menor “riesgo soberano”, lo que implica menores tasas de interés por los préstamos que los gobiernos contraten. Es decir, el aumento de valor riesgo disminuye la inversión extranjera y el crédito internacional (Gudynas y Buonomo, 2007:111-123) y afecta a los inversores, bancos, agencias multilaterales de inversiones, FMI y Banco Mundial. Las calificaciones se hacen, en palabras de Gudynas y Buonomo (2007:120), “desde un espacio transnacionalizado, en manos de empresas calificadoras. Un pequeño puñado de personas en unas pocas oficinas desperdigadas en algunas capitales en países industrializados, realizan la evaluación de toda la economía global”.

Todo ello implica que las decisiones políticas quedan acotadas por las calificaciones riesgo-país quedando debilitados los procedimientos democráticos y la soberanía de los Estados. Además, los aspectos medioambientales y sociales quedan fuera de las estrategias de desarrollo. El alza del salario mínimo implica aumentar el índice riesgo-país. Lógica que se extiende de manera casi mimética a las agencias de calificación, protagonistas centrales en la crisis financiera actual.

El Derecho Comercial Global, telón de fondo de la actividad económica de las empresas transnacionales, se encuentra atravesado por el conjunto de las características descritas. Las normas que emanan de la OMC, tratados regionales y bilaterales de libre comercio e inversiones, los sistemas arbitrales (el Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la OMC o el CIADI) junto al Banco Mundial, FMI y contratos de explotación e inversión de las empresas transnacionales forman un ordenamiento jurídico creado sin controles democráticos y cuya legitimidad es desproporcionada en relación a la trascendencia de sus decisiones, ya que son instituciones formadas, en el mejor de los casos, por representantes legítimos para gobernar en el interior de sus Estados pero no para gobernar las relaciones económicas y políticas del planeta (Fariñas, 2005:149).

La cuantía de las normas comerciales, su especialización (en muchos casos legislan sobre productos concretos),¹⁷ oscuridad, celeridad en su elaboración y sin sometimiento a los paralelismos formales, donde, además, la abstracción y generalización de las leyes se sustituye por la contractualización asimétrica de la misma.¹⁸ Se trata de una feudalización del Derecho, de un nuevo Derecho Corporativo opuesto al Derecho Público que actúa a favor de las empresas transnacionales sin contrapeso alguno (Teitelbaum, 2007:1-43).

Su dificultad y potencial inseguridad jurídica generadas en su *iter* normativo, contrasta con la plena seguridad jurídica, con los efectos *erga omnes* y eficacia sancionadora de sus mecanismos arbitrales. El resultado final queda

¹⁷ En la OMC existen 400 páginas de textos legales y el acuerdo de constitución ocupa un total de unas 30.000 páginas, siendo una legislación cuasi universal que afecta directa o indirectamente a la mayor parte de los países del planeta y en sus primeros cinco años ha conocido por medio de su Sistema de Solución de Diferencias más asuntos que el Tribunal Internacional de Justicia. Véase, Zapatero (2003: 239). En relación a los Tratados Bilaterales de Inversiones y acuerdos comerciales existen en vigor en torno a 2.500 junto a un número elevadísimo de Tratados Regionales y acuerdos económicos, piénsese en el acervo normativo de la Unión europea. Se han contabilizado, a su vez, más de 50.000 Tratados Internacionales.

¹⁸ Las relaciones jurídicas que se forman en torno a la OMC, Tratados Regionales y Bilaterales de Comercio e Inversiones actúan como vasos comunicantes, dónde los paralelismos formales y la jerarquía normativa se difuminan en favor de los intereses de los grupos económicos, Estados Imperiales y empresas transnacionales.

tutelado por los mecanismos institucionales y privados del Derecho de Comercio Global. Los intereses económicos de las empresas transnacionales se encuentran plenamente garantizados por las tendencias descritas.

Por otro lado, los Estados receptores de las inversiones y prácticas comerciales de las empresas transnacionales aprueban normas favorables a las mismas.¹⁹ Además, a la insuficiencia y mecanismos jurídicos que tutelen a las mayorías sociales, se suman la falta de independencia del poder judicial, los problemas de naturaleza procesal que impiden el ejercicio efectivo de protección de derechos humanos y laborales y los problemas de acceso a la representación legal por parte de las comunidades y las víctimas (Seminario Internacional, 2009).

4. LA FRAGILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La fortaleza de este régimen jurídico económico internacional reside, al margen de la polémica doctrinal sobre su consideración como un subsistema normativo y fragmentado de Derecho Internacional o como una manifestación del pluralismo del mismo (Riquelme, 2005: 301-312)²⁰, en la superioridad jerárquica, *de facto*, sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo más fieles a los principios del Derecho Internacional, es decir, por un lado, al relativismo resultante del principio del consentimiento de los sujetos, Estados ratificantes y, por otro, a la debilidad y eficacia de las obligaciones generadas. La ratificación o no de los distintos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho del Trabajo Internacional no tiene parangón con los instrumentos del Derecho Comercial Global. Es impensable que, por ejemplo, Nicaragua, país extremadamente pobre, no firme un tratado de libre comercio con Estados Unidos, frente a la indiferencia del mayor o menor número de convenios de la OIT ratificados por el mismo. En esta línea, la violación de la libertad sindical no provoca efectos jurídicos internacionales de carácter sancionador, es decir, destacan por su debilidad jurídica (con independencia de que el mecanismo de tutela de la Libertad Sindical sea de los más perfeccionados) frente a la fortaleza que genera la afectación de los derechos de propiedad de una multinacional por medio de la expropiación por parte de Estado receptor, hecho que provocaría la inmediata puesta en marcha de mecanismos arbitrales ajustados a los contratos de inversión, explotación o al tratado bilateral o regional correspondiente, cuyos fallos son de obligado cumplimiento, al igual que la sanción correspondiente.

En definitiva, existe una ausencia de mecanismos e instancias adecuadas para exigir la responsabilidad de las empresas transnacionales en el ámbito internacional, los sistemas internacionales y regionales no están diseñados para recibir denuncias contra las empresas y, además, existe una falta de

¹⁹ Para el estudio de las medidas que adoptaron los gobiernos de Bolivia anteriores a Evo Morales, Véase González y Gandarillas (2010:13-16).

²⁰ La autora desarrolla una interesante reflexión al poner en contacto el Derecho Internacional y la globalización, resultando de verdadero interés el capítulo en el que analiza la fragmentación del Derecho Internacional provocada por su vertiginoso crecimiento y dislocación, la proliferación de jurisdicciones internacionales y las tendencias en cuanto a la producción y aplicación normativa (Riquelme, 2005: 301-363).

cumplimiento y ejecución de las decisiones de órganos regionales e internacionales. Por último, la falta de recursos financieros, humanos y técnicos para que las víctimas puedan acceder a los mecanismos de tutela son un gravísimo impedimento.

Las relaciones de Poder-Derecho se formalizan al analizar la tutela y protección de los intereses de las empresas multinacionales, con un Derecho duro, imperativo, coercitivo, sancionador y plenamente eficaz, frente al reenvío de sus obligaciones sociales y laborales, a la fragilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la Responsabilidad Social Corporativa, es decir, a un Derecho blando, unilateral, voluntario y carente de mecanismos jurídicos eficaces. Los códigos de conducta carecen de toda capacidad de contrapeso frente a la fortaleza de Derecho Comercial Global (Hernández Zubizarreta, 2009:139-230).

4. 1. Los sistemas internacionales *ad hoc* de control de las empresas transnacionales

En el diseño y aprobación de los códigos externos se distinguen dos fases. En la primera se puso en cuestión la concepción clásica que vinculaba, sin más, a las empresas multinacionales con efectos positivos sobre el desarrollo. La idea de control normativo sobre las multinacionales fue emergiendo en el ámbito internacional. En la segunda, tuvo lugar una reacción de los países ricos y corporaciones económicas en contra de cualquier código vinculante. Los proyectos de códigos externos de los años setenta fueron desautorizados por la Cámara de Comercio Internacional, que neutralizó cualquier iniciativa pública y elaboró códigos internos, unilaterales y voluntarios cercanos a la Responsabilidad Social Corporativa, con el objetivo de acallar las protestas ciudadanas ante las prácticas de las transnacionales. En el debate de fondo late una contradicción vinculada a las relaciones de fuerza más que a dificultades técnico jurídicas (Teitelbaum, 2010:155-162).

El control de las empresas transnacionales implica, por un lado, someter a Derecho todas las prácticas que atenten a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y por otro, ajustar sus actividades al derecho al desarrollo y a la soberanía de los pueblos y naciones. La realidad ha transcurrido en sentido inverso y las tesis de los países desarrollados y empresas transnacionales se han ido imponiendo en fondo y forma. El cuerpo normativo relacionado con la mercantilización del sistema neoliberal se perfecciona cuantitativa y cualitativamente, mientras los derechos de las mayorías sociales se desactivan respecto a los mecanismos de tutela. El control de las empresas multinacionales se vincula con sistemas voluntarios y unilaterales que van penetrando en las instituciones internacionales.

La Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social de la organización Internacional del Trabajo (OIT) se encuadra en un doble registro (Bonet, 2007: 97-250). Por un lado, la globalización económica ha impactado en la dinámica normativa e institucional de la OIT, subordinando su labor a favor de una mayor justicia social por los sistemas comerciales y mercantiles, así como en la crisis del tripartidismo, identificándose la OIT más con posiciones gubernamentales y empresariales que con las sindicales. A su vez, la generalización de instrumentos normativos promocionales ha sustituido a la norma por excelencia -es decir, el convenio-

por las recomendaciones. El consenso en la toma de decisiones se ha convertido en una fórmula de semi bloqueo. Los ejes centrales de la actuación normativa tradicional de la OIT se han desplazado hacia lo declarativo, promocional, con controles muy difusos y vinculados a lógicas del Derecho blando.

El mayor problema reside en la falta de evolución normativa en la OIT equiparable a la desarrollada en los sistemas de Derecho Comercial Global. La evolución ha sido en sentido inverso, lo que ha agudizado la asimetría entre los derechos de las multinacionales y los de trabajadores y trabajadoras. La Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social no ha evolucionado en relación con la *ratio legis* de su aprobación en 1977. De los contenidos de la Declaración resaltan la voluntariedad, los prolijos procedimientos de evaluación de resolución de controversias, la ausencia de toda referencia a la cadena de responsabilidades en la actividad de las empresas transnacionales entre proveedores, contratistas y subcontratistas, la opacidad y la falta de transparencia sobre la aplicación de la Declaración. Se discuten sus principios, la nula mención a toda referencia a la soberanía nacional de los recursos de los países en los que las empresas transnacionales despliegan su actividad, y la inexistencia de un servicio público de control de las prácticas de las empresas multinacionales en la línea del desaparecido Centro de Empresas Multinacionales de la ONU. Estas características impiden que la Declaración sea un mecanismo normativo eficaz.

La Directrices de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) para Empresas Multinacionales son el segundo código *ad hoc* ubicado en el marco de los objetivos y reglas de apoyo a la internacionalización económica y libre comercio de la OCDE, más que en llamamientos abstractos a la responsabilidad de las empresas transnacionales. Sus reglas y marcos normativos se acatan por los Estados miembros y se establecen criterios armónicos y cohesionados que confluyen con las decisiones adoptadas en el seno del FMI, el Banco Mundial, la OMC y el G8. Sus acuerdos se convierten en normas universales que, de manera directa o de facto, se asumen por los países no miembros y empobrecidos. No ocurre lo mismo con las Directrices, que basculan sobre la voluntariedad de los Estados miembros y la buena disposición de los países afectados por la actividad de las empresas transnacionales.

Los contenidos de las Directrices son más amplios que los de la Declaración Tripartita²¹, ya que superan los aspectos estrictamente laborales (aborda cuestiones medioambientales, la lucha contra la corrupción, los intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia y fiscalidad). Su ámbito territorial es menor que el de la Declaración de la OIT, pero su posible aplicación a las multinacionales de los países que las han ratificado les dotan de una solvencia que supera el estricto ámbito de los países de la OCDE. No obstante, los principios generales de las Directrices actúan en plena coherencia con los del Derecho Comercial Global. La idea de “no obligado cumplimiento” - es decir, de la plena voluntariedad- se complementa con la unilateralidad

²¹ Según Daugareilh (2009: 84), “La OCDE y la OIT tomaron una iniciativa inédita en la historia del derecho internacional, consistente en recurrir a instrumentos de *soft law* para dirigirse directamente a las empresas multinacionales.”

matizada, ya que las multinacionales no deciden si acatan o no las Directrices ni el contenido de las mismas. Además, los Estados que las ratifiquen se comprometen a poner en marcha los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) para divulgarlas y para articular un sistema de control de cumplimiento de las mismas. Se establece una cierta dinámica procesal que les aleja de la unilateralidad pura y dura. No obstante, su falta de independencia e imparcialidad son una consecuencia fehaciente de la actividad desplegada hasta el momento.

El Pacto Mundial de la ONU es el mecanismo de control por excelencia de las empresas transnacionales. Es una iniciativa voluntaria que pretende, mediante diez principios genéricos, fomentar el desarrollo sostenible y la ciudadanía corporativa. Ha sido suscrito por las multinacionales más importantes y que mayores daños sociales y medioambientales provocan. Sus obligaciones consisten en adherirse al mismo y tener al día el informe de progreso, es decir, actualizar la documentación elaborada desde sus departamentos de RSC. Junto a la voluntariedad destaca la generalidad e indefinición de los contenidos y la ausencia de cualquier mecanismo mínimo de supervisión, que se expresa en la información voluntaria, unilateral, sin controles de ninguna clase y que, sin embargo, permite disponer del aval de la ONU como empresa responsable.

Todas las prácticas que violen o afecten los derechos humanos de terceros se encuentran invisibilizadas, ya que la ONU no consulta ni contrasta, ni mide las prácticas reales de las empresas multinacionales. Los informes de derechos humanos o medioambientales, las declaraciones de trabajadores y trabajadoras, de comunidades indígenas, de movimientos sociales, de consumidores, las sentencias de los Tribunales Permanentes de los Pueblos no tienen cabida en el Pacto Mundial. Su ineficacia no deriva exclusivamente de la contradicción entre las prácticas de las multinacionales y lo declarado por las mismas, sino de lo que supone la colonización de la lógica voluntaria y unilateral en los sistemas de control de las empresas transnacionales de la ONU. Implica renunciar a elaborar un código externo y paralizar cualquier evolución normativa en el seno de la misma. El Pacto Mundial es la norma *ad hoc* más deficiente, menos comprometida y que más alejada se encuentra de la fortaleza jurídica del Derecho Comercial Global. ¿Es razonable pensar que los informes de progreso pueden neutralizar las sentencias del Sistema de solución de Diferencias (SSD) de la OMC y de los tribunales arbitrales?

BIBLIOGRAFÍA

Arnau, A. (1998): *Entre modernité et mondialisation, droit et société*, LGDJ, Paris.

Arrighi, G. y Silver, J. (2001): *Caos y orden en el sistema-mundo moderno*, Akal, Madrid.

Barcellona, P. (1992): *Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid.

Bonet, J. (2007): *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*, Atelier, Barcelona.

Bensaid, D. (2004): *Cambiar el Mundo*, Catarata, Madrid.

Caballero, Harriet, F. J. (2010): *Algunas claves para otra globalización*, txalaparta, Tafalla.

Calderón Ortiz, G. (2006): "Globalización, Empresas Transnacionales y el Banco Mundial", *Gestión y Estrategia*.

Capella, J. R. (1999): "Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales, Transformaciones del derecho en la mundialización", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 76, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

Castillo, A. M. (2001): "Globalización y derechos humanos: un saldo negativo para la humanidad", núm. 1, *El vuelo del ICARO*.

Chemillier-Gendreau, M. (2001) : " Peut-on faire au capitalisme?", en (Monique Chemillier-Gendreau y Yann Moulier-Boutang, Directeurs), *Droit et Mondialisation*, Presse Universitaires de France, Paris.

Chemillier-Gendreau, M. (2002) : *Droit International et démocratie mondiales. La raisons d'un échec*, Textuel, Paris.

Carrascosa, J. (2004): "Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI", *Anales de Derecho*, núm. 22, Universidad de Murcia.

Cortázar Mora, J. (2006): "Séptimo reporte del Comité de Derecho del Comercio Internacional de la Asociación de la Asociación de Derecho Internacional, Int. Law, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá.

Daugareilh, I. (2009): "Responsabilidad social de las empresas transnacionales. Análisis crítico y prospectiva jurídica", Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 27, nº 27, Madrid.

De la Fuente, M. y Hernández Zubizarreta, J. (2006): "El movimiento sindical ante la globalización neoliberal: algunos ejes de intervención", en (coordinadores Elena Grau y Pedro Ibarra), *La Red en la Encrucijada. Anuario de movimientos sociales 2005*, Icaria, Barcelona.

Domingo Oslé, R. (2001): *¿Qué es el derecho global?*, Dykinson, Madrid, 2007.

Faria, E. F. (2001): *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta.

Fariñas Dulce, M. J. (2005): *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid.

- Ferrajoli, L. (2004): *Derechos y Garantías*, Trotta, Madrid.
- García de Enterría, E. (1999): *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Madrid.
- González, E. y Gandarillas, M. (2010): *Las multinacionales en Bolivia. De la desnacionalización al proceso de cambio*, Icaria, Barcelona.
- Gudynas, E. y Buonomo, M. (2007): *Integración y Comercio. Diccionario latinoamericano de términos y conceptos*, Coscoroba, Montevideo.
- Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro P. (2010): "Seguridad jurídica, ¿Para quién?", nº 43, Pueblos.
- Hernández Zubizarreta, J. (2006): "Las empresas transnacionales en América Latina. Los códigos de conducta como sistemas atípicos de las relaciones laborales", *Lan Harremanak. Relaciones Laborales* núm. 14, Universidad del País Vasco.
- Hernández Zubizarreta, J. (2009): *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa*, Hegoa, Universidad del País Vasco.
- Julios-Campuzano, A. (2007): "Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho", en (editor Alfonso de Julios-Campuzano) *Dimensiones Jurídicas de la Globalización*, Dykinson, Madrid.
- Krasner, S. (2001): *Soberanía hipocresía organizada*, Paidós, Barcelona.
- Laporta, F. J. (2007): *El imperio de la ley una visión actual*, Trotta, Madrid.
- Lal Das, B. (2005): *La OMC. Estrategias de negociación. Opciones, oportunidades y riesgos para los países en desarrollo*, Instituto del Tercer Mundo, Montevideo.
- Letamendía, F. (2009): *Estructura política del mundo del trabajo: fordismo y posfordismo*, Tecnos, Madrid.
- López Ayllón, S. (1999). "Globalización, Estado Nacional y Derecho. Los problemas normativos de los espacios deslocalizados", *Isonomía*, núm. 11/ Octubre.
- Mercader, J. (2003): "El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización", en (editores Wilfredo Sanguinetti y Agustín García) *Globalización Económica y Relaciones Laborales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

Monereo Pérez, J. L. (2007): “Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho”, núm. 37, *Revista de Derecho Social*.

Nitsch, N. (19829 : “L’inflation juridique et ses conséquences”, en *Archives de Philosophie du Droit*, número monográfico sobre Sources du Droit, Vol. XXVII.

OIT. (2004): *Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización*, OIT. <http://www.ilo.org/public/spanish/wcsdg/index.htm>

Otxoa, I. (2007): “El recorte de derechos en las reformas laborales”, *Instituto Manu RoblesArangiz*, Bilbao.

Pacheco, P. (1999): “El Estado comercial abierto. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en (coor. R. Capella) *Transformaciones del Derecho en la Mundialización*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, núm.16, Madrid.

Pastor, J. (2007): “Economía política de la “globalización”, crisis de centralidad de los Estados y procesos de “desdemocratización”, *El desafío del desarrollo humano. Propuestas locales para otra globalización*, Congreso Hegoa, Universidad del País Vasco, Bilbao. www.hegoa.ehu.es

Ramonet, I. (2003): “Nuevo Capitalismo, *Un mundo sin rumbo*, debate, Madrid.

Riquelme, R. (2005): *Derecho Internacional. Entre un orden global fragmentada*, Biblioteca Nueva, Madrid.

Rordota, S. (2010): *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid.

Sachs, J. (20059: *El Fin de la Pobreza. Como conseguirlo en nuestro tiempo*. Debate. Barcelona.

Sánchez Barrilao, J. F. (2004): “Sobre la constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*.

Sanz Burgos, R. (2007): “Notas sobre democracia y globalización” en (Jesús Lima, Enrique Olivas y Antonio Ortiz Arce coordinadores) *Globalización y Derecho. Una aproximación desde Europa y América Latina*, Dilex.

Sartorius, N. y otros. (2010): *Una nueva gobernanza global: propuestas para el debate*, Marcial Pons, Madrid.

Seminario Internacional sobre empresas transnacionales. (2009): “Líneas de acción para los abogados y comunidades en lucha contra la impunidad frente a las empresas transnacionales”, Bogotá.

Sen, A. (2010): *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid

Silver, B. J. (2005): *Fuerzas de trabajo. Los movimientos obreros y la globalización desde 1870*, Akal, Madrid.

Sousa Santos, B y Gaviria Vilejas, M. (2004): *El caleidoscopio de la justicia en Colombia*, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre Editores, II tomos, Bogotá.

Sousa Santos, B. (1998): *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales (ILSA), Bogotá.

Sousa Santos, B. (2003): *La caída del Ángel Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Derecho, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá.

Supiot, A. (2006). “Derecho y trabajo ¿Un mercado mundial de normas?, núm 39, *New Left Review*.

Teitelbaum, A. (2007): *Sociedades Transnacionales y Derechos Humanos*, Corporación Colectivo de Abogados, ILSA, Observatorio Social de Empresas Transnacionales, Bogotá.

Teitelbaum, A. (2010): *La armadura del capitalismo*, Icaria, Barcelona.

Thrift, N., A. (1996): *Hiperactive World*. En Johnston, Taylor-Watts. *Geographies of Global Change. Remapping the world in the Late Twentieth Century*. Blackwell Publishers.

Tiwining, W. (2000): *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths, London.

Torres, J., (2010): *¿Por que se cayó todo y no se ha hundido nada? La crisis de las hipotecas basura*, attac, sequittur, Madrid.

Unceta, K. (2009): “Riesgos diversos y asimétricos en el capitalismo global: La noción de riesgo país y sus implicaciones”, *Lan Harremanak. Relaciones Laborales*, Universidad del País Vasco.

Zabalo, P. (2006): “El papel de las multinacionales en la economía globalizada”, núm 5, *Pueblos*.

Zagrebelky, G., (1995): *El derecho dúctil. Ley derechos y justicia*, Madrid, Trotta.

Zapatero, P. (2003): *Derecho del Comercio Global*, Thomson Civitas, Madrid.