

Derechos fundamentales y responsabilidad social corporativa: un problema de eficacia transnacional*

CARLOS RUIZ MIGUEL**

Sumario

Propósito de este trabajo

1. Cuestiones previas

- 1.1. Razón de ser de la idea de los derechos fundamentales
- 1.2. La cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: realidad y malentendidos
- 1.3. La eficacia transnacional de los derechos fundamentales
- 1.4. La superación de la naturaleza subjetiva de los derechos fundamentales

2. Los derechos fundamentales en el comercio

- 2.1. El derecho de propiedad y su virtualidad en las relaciones entre particulares: la "función social" como manifestación de la naturaleza objetiva del derecho
- 2.2. Límites al derecho a la libertad de empresa en las relaciones entre particulares: el Derecho de la competencia y el Derecho de consumo
- 2.3. La responsabilidad social como superación de la dimensión económico-nacional del gobierno corporativo. El respeto de los derechos fundamentales como elemento de la responsabilidad social corporativa

3. Conclusiones

Bibliografía

* Ponencia presentada al X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, llevado a cabo en Lima, del 16 al 19 de septiembre de 2009.

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela (España).

Propósito de este trabajo

En el presente trabajo proponemos la idea de que la consideración del respeto a los derechos fundamentales como un elemento de la responsabilidad social corporativa no es algo «revolucionario», sino una consecuencia de la propia lógica de los derechos fundamentales. A este respecto, conviene analizar el origen de la idea de los derechos fundamentales y de la eficacia de los mismos en las relaciones entre particulares y en las relaciones transnacionales. A la luz de los datos de ese análisis, nos proponemos argumentar que el derecho de propiedad, entendido como necesario punto de partida del Derecho de la empresa, tiene límites entre los cuales pueden encontrarse, en una primera fase, la protección de los consumidores y, en un momento ulterior, la protección de los inversores y de los afectados por la actuación de las empresas.

1. Cuestiones previas

1.1. Razón de ser de los derechos fundamentales

1.1.a. La idea de los derechos fundamentales es desconocida en la Edad Antigua y nace precisamente con la Edad Moderna. Independientemente de cuál sea la causa que da origen a la misma, lo que nos interesa poner de manifiesto es que la idea (o, si se quiere, la técnica) de los derechos fundamentales nace cuando se conjugan dos fenómenos. Uno, jurídico-técnico y otro político. Desde un punto de vista jurídico-técnico, los derechos fundamentales presuponen la noción de «derecho subjetivo», que solo se termina de perfilar después de la Recepción del Derecho Romano al final de la Edad Media. Desde un punto de vista político, los derechos fundamentales aparecen después del nacimiento del Estado Moderno, esto es una forma política peculiar de organización de la comunidad política dotada de un poder político extraordinario: los derechos fundamentales son la respuesta jurídica a las amenazas planteadas por este nuevo poder político extraordinario.

Ahora bien, y sobre ello trataremos más adelante, la relación entre derechos fundamentales y Estado no se produce únicamente en el sentido indicado, pues se produce la paradoja de que la efectividad de los derechos dependerá en última instancia del sujeto que constituye su más radical amenaza, esto es, el Estado. En definitiva, los derechos fundamentales nacen para proteger al individuo (parte débil) frente a los peligros dimanantes de una entidad poderosísima de carácter político (que no en vano, recibió el nombre de un monstruo, Leviatán) utilizando para ello precisamente la intervención de ese enorme poder. Los derechos fundamentales de la Edad Moderna, nacidos para protegerse del Estado, serán garantizados por el

Estado. El Estado es así, no solo una esfera de opresión, sino también de libertad. Esta estructura de los derechos fundamentales no debe ser perdida de vista al tratar de las nuevas técnicas.

1.1.b. El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 afirmaba que en aquella sociedad en la que «la garantía de los derechos no esté asegurada y la separación de poderes determinada no tiene Constitución». Los dos elementos centrales de este tipo de Constitución ideal han evolucionado de distinto modo: mientras la separación de poderes ha tendido a flexibilizar sus exigencias más radicales complicando el esquema tradicional, la exigencia de garantía de los derechos se ha hecho cada vez más rigurosa. El centro de gravedad sustancial de la Constitución está constituido ahora por los derechos fundamentales.

1.2. La cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: realidad y malentendidos

1.2.a. La doctrina jurídica alemana planteó el problema de si podían existir derechos fundamentales entre particulares. Se suele considerar que es Nipperdey el que defiende la posibilidad de que un instrumento dirigido a proteger al individuo contra el Estado (los derechos fundamentales) también podía ser dirigido contra otro individuo o, lo que es lo mismo, que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución también tienen eficacia en el campo del Derecho Privado (Nipperdey 1961: 15). Partiendo del hecho de que la técnica de los derechos fundamentales imponía determinadas obligaciones al destinatario de los mismos (los poderes públicos), se consideraba que dirigir esta técnica contra otro particular suponía cercenar la esfera de libertad del mismo (Forsthoff 1975: 254-255, 260-261) y, por tanto, se producía una especie de «juego de suma cero» en el que la protección del derecho de un particular se hacía a costa de sacrificar la libertad de otro particular. Desde este planteamiento la pretensión de hacer eficaces los derechos fundamentales entre particulares se rechazaba como algo bien intencionado pero que conseguía el efecto contrario al pretendido.

1.2.b. Sin embargo, la doctrina alemana al tratar esta cuestión estaba haciendo en realidad más «jurisprudencia de conceptos» que «jurisprudencia de intereses». Pero incluso esa «jurisprudencia de conceptos» era discutible. Y ello porque, desde los inicios mismos del pensamiento liberal, se considera que los derechos fundamentales del individuo no solo tienen como destinatario al Estado, sino también al individuo. En la formulación clásica del pensamiento liberal, esto es, la que se debe a John Locke, queda claro que el individuo tiene tres bienes en el «estado

de naturaleza» que deben ser inviolables: vida, propiedad y libertad (Locke 1690: Sect. 6ª). Pues bien, precisamente porque son bienes que existen en el «estado de naturaleza» y que nadie puede lesionar, son bienes que no solo se oponen al Estado que se crea en el «estado social», sino también a los demás individuos que viven en el «estado de naturaleza» y a los que luego comparten el «estado social». Por lo demás, independientemente de tomar en consideración la hipótesis del «estado social», cuando se produce la consagración legal de estos bienes no cabe duda de que la prohibición del homicidio, la esclavitud o el robo no tiene solo como destinatarios a los poderes públicos, sino también a los demás particulares. En consecuencia, los derechos fundamentales, desde su mismo origen, también operan frente a los particulares.

1.2.c. Esta, a nuestro juicio, fácilmente entendible idea, se halla en cierto modo trastornada en el Derecho positivo español por una regulación de los derechos fundamentales que se presta a confusión. Mientras que el artículo 9.1 CE dispone que «Los ciudadanos y los poderes públicos» están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», el artículo 53.1 CE dice que «Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan «a todos los poderes públicos»». Una lectura simplista consideraría que el artículo 9.1 CE es una «ley general» y el 53.1 es una «ley especial» de suerte que la Constitución solo garantizaría los derechos fundamentales frente a los poderes públicos. Sin embargo, basta la lectura de algunos de esos derechos (por ejemplo, la vida, la libertad o la propiedad) para darse cuenta que resulta absurdo considerar que la protección de la vida, la libertad o la propiedad de los individuos frente a los particulares «solo» tiene su fundamento en las normas de rango legal y no en la Constitución. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha reconocido, sin ningún problema, la eficacia de los derechos fundamentales frente a las relaciones entre particulares. En consecuencia, se puede considerar que, desde un punto «sustantivo», la Constitución reconoce que los derechos fundamentales operan tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares.

1.2.d. El problema se complica a la hora de considerar las vías procesales para hacer efectivo esos derechos. Y ello es así porque existe una peculiaridad procesal del Derecho Constitucional en relación con los derechos fundamentales. Según el artículo 53.2 de la Constitución «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del capítulo 2 ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» y «en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». La lectura de este precepto no dejaba lugar a dudas. En las relaciones entre particulares, la ley es libre de establecer o no que los derechos

fundamentales gozan «del recurso de amparo constitucional» frente a los particulares. (García-Torres y Jiménez Blanco 1986: 60 y ss.). El legislador reguló este último mecanismo (el amparo constitucional) mediante la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional excluyéndolo de las relaciones entre particulares y, en efecto, en su artículo 41.2 dispone que «el recurso de amparo constitucional protege, [...] frente a las violaciones de los derechos y libertades [...] originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de «los poderes públicos del Estado» [...]».

Esta regulación quedó en la práctica anulada por una lamentable jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, a partir de la STC 78/1982 considera que es accionable en amparo constitucional una violación de derechos fundamentales entre particulares desde el momento en que el juez, al no reconocer la violación en su sentencia, se hace él mismo transgresor del derecho fundamental en cuestión. El resultado es que a pesar de lo que disponen la Constitución y la LOTC, en España, desde un punto de vista procesal, actualmente los derechos fundamentales entre particulares tienen las mismas garantías que en la relación de los particulares con los poderes públicos.

1.3. La eficacia transnacional de los derechos fundamentales

Un problema adicional es de la eficacia transnacional de los derechos fundamentales. En principio, la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución existe únicamente en el territorio del Estado cuya Constitución reconoce ese derecho. Ahora bien, los tratados internacionales, la legislación y posteriormente, la jurisprudencia, han ido ampliando el alcance territorial de esta eficacia. Aquí nuevamente la cuestión puede ser analizada desde el punto de vista sustantivo o procesal.

1.3.a. El Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio, adoptado por la resolución 260 (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 (en adelante, Convenio sobre Genocidio), establece en su artículo 1 que los Estados Partes confirman que el genocidio es un crimen internacional que se comprometen a prevenir y castigar. El Derecho Español incorporó el delito de genocidio en 1971, pero eso seguía dejando abierta la cuestión de cómo articular la persecución procesal de ese crimen universal para el caso de que se cometiera fuera del territorio español. La conclusión es que sustantivamente, los instrumentos jurídicos infraconstitucionales pueden ampliar la eficacia territorial de los derechos fundamentales.

1.3.b. Procesalmente, el Derecho Español ha conocido varios desarrollos en la cuestión del genocidio. El artículo 6 del Convenio de 1948 establecía que los Estados miembros debían juzgar los delitos de genocidio que se cometieran en su territorio o por un Tribunal Internacional cuya competencia haya sido aceptada por los Estados partes. Inicialmente, el Derecho Español no creó ningún mecanismo procesal de alcance universal, pero en 1985 aparece el primero de esos instrumentos: la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) cuyo artículo 23 de la LOPJ introduce, por primera vez en nuestra historia, el «principio de jurisdicción universal» para perseguir este delito. El artículo 23.4 de la LOPJ de 1985 dice que «será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles «o extranjeros fuera del territorio nacional» susceptibles de tipificarse», entre otros delitos, como «genocidio», «terrorismo» y «torturas». Más adelante, en el año 2002 hallamos el segundo instrumento, el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y que entró en vigor, (conforme a lo dispuesto en su artículo 126) el 1 de julio de 2002, después de que España lo ratificara, por instrumento de 19 de octubre de 2000 (depositado el 25 de octubre), mediada la correspondiente autorización por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre. El Estatuto consagra el «principio de complementariedad» entre la jurisdicción interna con competencia universal y la jurisdicción internacional de competencia universal. En 2003, finalmente, contamos con el tercer instrumento, la ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Esta ley consagra el «principio de subsidiariedad» de la jurisdicción interna española de competencia universal respecto a la jurisdicción internacional de competencia universal. La conclusión, por tanto, es que en el Derecho Español existen mecanismos procesales para garantizar la eficacia transnacional de ciertos derechos (a la protección de la vida o a la integridad física y moral y, eventualmente, los que puedan ser atacados por la comisión de actos de terrorismo: pensemos en la libertad o la propiedad).

1.4. La superación de la naturaleza subjetiva de los derechos fundamentales

1.4.a. Los derechos fundamentales son en primer lugar, derechos subjetivos. Aunque no sea este el momento de reproducir la densísima discusión acerca del concepto de derecho subjetivo, sí es conveniente intentar analizar qué concepción de derecho subjetivo se sustenta en un derecho fundamental. En este sentido creemos conveniente realizar dos consideraciones. En primer lugar, creemos que el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos y, en especial, su esgrimibilidad directa ante los tribunales (artículo 53.1 CE), permiten considerarlos con Ihering como un interés jurídicamente protegido («Rechte sind rechtlich geschützte Interessen», Ihering 1954: 339). Los derechos fundamentales,

en la medida en que están protegidos o garantizados gracias a su invocabilidad ante los tribunales constituyen algo más que una declaración moral y constituyen auténticos derechos subjetivos. Ahora bien, en segundo lugar, conviene precisar que esta concepción de los derechos como derechos subjetivos no implica una sustantivización del concepto derecho subjetivo como opuesto a Derecho objetivo. De esta suerte, se pueden formular los derechos fundamentales como intereses de un sujeto, protegidos por la norma objetiva llamada Constitución; bien entendido que, de acuerdo con Kelsen, estimamos que la proposición «alguien tiene un derecho subjetivo» significa que una norma jurídica objetiva y general (en nuestro caso, la Constitución) establece como condición previa para que los poderes públicos adopten un acto coactivo que un particular realice una manifestación de voluntad (o interés); el que, según la norma objetiva está autorizado para realizar tal manifestación de voluntad (o interés) es el titular del derecho subjetivo (Kelsen 1934: 76). En definitiva, el derecho subjetivo, así concebido, no es independiente del Derecho objetivo. De ahí que el famoso pasaje de la jurisprudencia constitucional en el que muchos autores fundamental la tesis de la doble naturaleza (subjetiva y objetiva) de los derechos fundamentales signifique algo muy distinto de lo que generalmente se suele pensar. Cuando el Tribunal Constitucional dice que los derechos fundamentales son derechos subjetivos pero, al propio tiempo constituyen elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional (STC 25/1981, FJ 51) está en realidad casi parafraseando a Kelsen cuando este, al determinar cuál es su idea de derecho subjetivo afirma que lo que como derecho subjetivo se contrapone aparentemente al objetivo, acaba por ser considerado en definitiva como un elemento del orden jurídico único, y solamente definible como orden jurídico objetivo.

1.4.b. Si los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos significan que el individuo queda dotado de un mecanismo para reaccionar contra los ataques que, efectivamente, se produzcan contra esa su esfera, los derechos fundamentales en su dimensión objetiva tienen otro significado y funcionalidad, a saber, que la defensa de los derechos fundamentales es de interés público, y no solo particular, y que ese interés público se halla protegido por diversos instrumentos jurídicos. En primer lugar, esta funcionalidad pública ha sido considerada en alguna ocasión como una especie de actividad de fomento sobre los derechos fundamentales (Ruiz Miguel y Abel Vilela 1999: 67), y aunque quizá estemos ante algo más que una actividad de fomento, esta idea al menos nos permite una aproximación a lo que significa la dimensión objetiva. En segundo lugar, el que los derechos fundamentales sean de interés público conlleva la atribución a determinados órganos de competencias para defenderlos, incluso sin consentimiento o iniciativa del titular del derecho. En tercer lugar, el hecho de que la defensa de los derechos fundamentales sea de

interés público tiene una traducción procedimental. Según Häberle (1980: 163 ss., 185-187), la reserva de ley entendida como reserva de procedimiento significa que los poderes públicos solo deben realizar actividades de prestación en materia de derechos fundamentales cuando se garantice un mínimo de debido proceso.

Häberle vincula fuertemente la dimensión procedimental a la vertiente prestacional de los derechos. Nosotros, partiendo del pensamiento del maestro, hemos sostenido que se puede ir aún más lejos: por una parte, como hemos visto, todos los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos tienen una vertiente negativa, pero también otra positiva o prestacional; por otra, la entidad de esta dimensión orgánico-procedimental no se presta a ser englobada en la idea de prestación, con todo lo que evoca (derechos positivos). En nuestra opinión, la dimensión orgánico-procedimental de los derechos significa que al objeto de revestir a los derechos fundamentales de una mayor protección, el ordenamiento no se contenta con atribuir al sujeto un poder de reacción ejercitable por él mismo y por su personal iniciativa (derecho subjetivo), sino que le concede una garantía adicional de tipo objetivo que se articula en torno a dos ejes: el del ataque al derecho y el de la defensa contra ese ataque. Por lo que hace al primer eje, la dimensión objetiva, se proyecta a su vez en dos momentos: en primer lugar, y precisamente porque la consideración de derechos subjetivos de los derechos fundamentales implica que el sujeto solo puede reaccionar después de que efectivamente haya sido lesionada su esfera protegida, se trata de introducir cautelas que de modo preventivo eviten tales ataques a la esfera del derecho del sujeto; en segundo lugar, si el ataque ya se ha producido, se trata de proporcionar al individuo defensas adicionales además de las que él mismo dispone en cuanto titular de un derecho subjetivo. Por lo que se refiere al segundo eje de la dimensión objetiva, a saber, el de las técnicas para luchar contra los ataques a los derechos fundamentales (ya sea preventiva, ya sea represivamente), nos encontramos que el derecho fundamental, aparte de la figura del derecho subjetivo, se ve enriquecido por otras aportaciones, a saber, el establecimiento de determinados órganos y procedimientos cuya función es velar por el derecho en cuestión. De esta suerte, al proyectarse estas técnicas adicionales de protección sobre el momento en el que se ponen en peligro los derechos, la protección de los derechos fundamentales sale sensiblemente reforzada: por un lado, gracias a la dimensión objetiva pueden abortarse ataques a un determinado derecho fundamental aun antes de que se haya producido efectivamente la lesión del mismo, por otro lado, los que ponen en peligro un determinado derecho ya no solo tienen que responder ante el titular del mismo, sino que además esa responsabilidad puede ser exigida ante otras instancias, de modo que si el sujeto se ve impedido (por ejemplo, por razones educativas o económicas) de reaccionar contra el ataque al derecho fundamental, este no queda sin sanción (Ruiz Miguel 2001: 172 ss.).

2. Los derechos fundamentales en el comercio

2.1. El derecho de propiedad y su virtualidad en las relaciones entre particulares: la «función social» como manifestación de la naturaleza objetiva del derecho

El comercio presupone, en última instancia, que existen propiedades sobre las que se llevan a cabo actos de disposición lucrativos. De ahí que un análisis del alcance de los derechos fundamentales en el comercio deba empezar por el derecho de propiedad. A este respecto, conviene recordar que no es la española la única Constitución que considera la «función social» de la propiedad. Para comprender el alcance de esta «función social», extraordinariamente relevante para el estudio que aquí nos ocupa, es conveniente recapitular algunas consideraciones importantes hechas por el Tribunal Constitucional en su STC 37/1987 (FJ 2):

[...] la referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada [...] pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada «no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva» del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la «función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo». Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades

de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución.

[...] En este orden de cosas, hay que recordar: que el artículo 128.1 de la Constitución subordina toda la riqueza del país, «en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad», al interés general; que el artículo 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa», así como realizar una política orientada al pleno empleo; que el artículo 45 ordena a los poderes públicos para que velen «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva»; [...] en consecuencia, que, de acuerdo con las Leyes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes.

[...] la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.

2.2. Límites al derecho de libertad de empresa en las relaciones entre particulares: el derecho de la competencia y el derecho de consumo

2.2.a. Una vez considerada la naturaleza no solo subjetiva, sino también objetiva, del derecho de propiedad, conviene analizar el derecho a la libertad de empresa, que viene a ser el «derecho de propiedad en acción». El derecho a la libertad de empresa ha conocido dos grandes tipos de limitación: una en la relación entre comerciantes (derecho de la competencia) y la otra en relación con los consumidores (derecho de consumo). Tanto el primero como el segundo tienen una doble vertiente, subjetiva y objetiva. En cuanto al derecho de la competencia, su destinatario primero son, precisamente, las empresas, que gozan de una legitimación subjetiva para reclamar su cumplimiento. Ahora bien, se ha estimado con razón que las normas de la competencia mercantil ya no están exclusivamente orientadas a proteger o

tutelar a los empresarios, sino que tienden también a defender los intereses de los consumidores, así como sus derechos económicos y sociales. A partir de aquí, la defensa de los consumidores, adquirirá sustantividad propia y no será ya solo un efecto colateral positivo del derecho de la competencia. El derecho de los consumidores se convierte así en un poder que en una economía de mercado que debe equilibrarse con el principio de libertad de empresa (Broseta 1994: 157-158).

2.2.b. Se ha dicho, con razón, que los consumidores, aquellos a los que la producción es destinada, están en situación de inferioridad ante las empresas, tanto en lo que concierne a la reparación de los daños causados, como en lo que se refiere a la prevención (Bugarelli 1992: 255-256). Igual que ocurría cuando aparece el Estado frente al individuo, nos encontramos ante una situación de desigualdad donde existe una parte débil a la que busca proteger el Derecho. Pero esta protección se ofrece a partir del siglo xx, cuando la naturaleza de los derechos fundamentales se ha enriquecido sumándose a su dimensión subjetiva la de tipo objetivo. De este modo, el derecho del consumidor no solo quedará configurado como un derecho subjetivo, sino que contará también con una vertiente objetiva que busca prevenir eventuales lesiones al consumidor y que facilitar la reparación de las mismas.

La argumentación para atribuir derechos a los consumidores evoca poderosamente la argumentación que referimos al principio de este trabajo para explicar la aparición de los derechos fundamentales. Por ello, se ha podido decir que actualmente los planteamientos tradicionales de la tensión entre sociedad y Estado han cambiado de sesgo. Ahora, ante un Estado cada vez más débil, la sociedad, regida por la *lex mercatoria*, se presenta como el gran peligro para los derechos fundamentales. De ahí que se produzca la paradoja de que en el llamado «tiempo de los derechos» sea cuando los derechos fundamentales encuentran más dificultades para encontrar un lugar en el espacio donde se desarrolla la vida de los hombres, un espacio que quizá se halle, precisamente, en el Estado (Vega García 2002: 707).

2.3. La responsabilidad social corporativa como superación de la dimensión económico-nacional del gobierno corporativo. El respeto de los derechos fundamentales como elemento de la responsabilidad social corporativa

2.3.a. De acuerdo con la teoría clásica, el mercado puede proporcionar efectos benéficos para la sociedad al mismo tiempo que proporciona lucro a los que actúan en él. La utilidad y la libertad son factores que favorecen el compromiso social de una empresa.

Por un lado, se ha subrayado que tanto si se examina la cuestión desde el punto de vista de los accionistas, como si se hace desde la perspectiva de otros actores

interesados en la vida de la empresa, se llega a la conclusión de que la atención de los intereses sociales es de gran utilidad para la empresa, aunque la importancia de esa utilidad varíe en los diferentes enfoques (Pérez Carrillo 2007: 97-98).

Por otro lado, la libertad de empresa permite ofrecer a los accionistas o clientes de la misma, productos en cuya gestación se hayan respetado unas determinadas exigencias éticas. El «comercio justo» puede darse, y de hecho se da, en el libre mercado entre quienes libremente se adhieren a esos determinados principios éticos. Los casos de fondos de inversión «religiosos» (cristianos o musulmanes) son el ejemplo más claro de ello. En estos casos, la empresa, libremente, se autolimita su ámbito de actuación mediante el establecimiento de determinados «códigos de conducta» controlados por órganos de vigilancia elegidos por la propia empresa.

Un sector doctrinal ha creído poder ver una evolución en los «códigos de conducta libremente adoptados por las empresas». Se habla así de «cinco generaciones de códigos de conducta». Nos encontraríamos, pues, con unos códigos de conducta de «primera generación» dirigidos a evitar conflictos de interés entre la empresa y sus empleados. Habría, después unos códigos de «segunda generación» en los que se quiere evitar que las empresas (sobre todo, en un país extranjero) puedan conseguir contratos mediante el empleo de sobornos y otras prácticas de corrupción que no solo perjudican la imagen de la empresa sino también la del país que alberga su sede. Se habla también de unos códigos de «tercera generación» que tratan de garantizar a los empleados de la empresa unos derechos laborales mínimos, sea cual sea el país donde se halla la factoría. Los códigos de «cuarta generación» por su parte, se focalizan en el respeto del medio ambiente y, finalmente, los códigos de «quinta generación» pretenden evitar la actividad de la empresa en países que violan los derechos humanos y el Estado de Derecho (Mendes y Clark 1996).

2.3.b. Estos códigos de «quinta generación» son los más relevantes para nuestro estudio por cuanto buscan hacer efectiva la responsabilidad en el ámbito de los derechos humanos y el Estado de Derecho (en sentido amplio, *rule of Law*) «fuera del territorio nacional». El argumento que lleva a aprobar estos códigos es que las reglas jurídicas actuales, por cuanto limitan la responsabilidad de las empresas al cumplimiento del Derecho en vigor, no se perciben como suficientes para el caso de los países con gobiernos granujas (*rogue States*). Por ello, se espera que las empresas que operan en estos países no respondan solo ante estos gobiernos corruptos, sino también ante los ciudadanos de esos países en los que hacen negocios y ante toda la comunidad internacional. Los códigos de «quinta generación» tienen, pues, una doble proyección: el respeto de los derechos humanos y el respeto al Estado de Derecho (Mendes y Clark 1996).

En cuanto a los derechos humanos, parece estar claro que la responsabilidad social corporativa se puede hacer efectiva, en primer lugar, considerando un criterio objetivo, como es el del respeto de los estándares internacionalmente reconocidos (sería el caso de los derechos humanos consagrados en los convenios internacionales) y, en segundo lugar, llevando a cabo consultas con los grupos afectados por la actividad de la empresa.

En cuanto al Estado de Derecho en su sentido amplio (*rule of Law*) se considera que la responsabilidad social corporativa tiene dos vertientes.

En primer lugar, se hace efectiva tomando en consideración un criterio objetivo, el respeto del Derecho Internacional Público. De esta suerte, el Derecho Internacional Público reconoce que cada Estado tiene un derecho soberano para explotar «sus propios recursos». Ello, evidentemente, excluye la explotación de los recursos de territorios ocupados. Ejemplos de esto los encontramos en las empresas que invierten o comercian en el Sahara Occidental ocupado por Marruecos (Fisera 2005, *in toto*) o en los territorios palestinos ocupados por Israel.

La otra vertiente afecta al supuesto en que un determinado gobierno acceda al poder mediante un golpe de Estado o medios violentos que suponen la falta de respeto a las reglas del Derecho para determinar el gobierno de ese Estado.

En todos estos casos, parece cada día más evidente que la actividad comercial de una empresa en uno de estos países solo sirve para reforzar la posición del Estado o gobierno «granuja». Por ello, parece razonable pensar que la empresa que hace negocios con un Estado o gobierno de este tipo en esas situaciones se hace cómplice de las violaciones de los derechos humanos, del Derecho Internacional o del propio Derecho Constitucional de ese Estado.

2.3.c. Desde un punto de vista sustantivo, parece claro que los llamados por Mendes y Clark códigos de conducta de «quinta generación», constituyen el horizonte deseable en materia de responsabilidad social corporativa. Ahora bien, como estos mismos autores indican, el problema de estos «códigos de conducta» es su aplicabilidad. Los códigos de conducta no pueden sustituir las legislaciones nacionales, comunitarias e internacionales ni las normas de obligado cumplimiento: estas garantizan niveles mínimos aplicables a todos, mientras que los códigos de conducta y otras iniciativas voluntarias solo pueden completarlas y fomentar la introducción de niveles de protección más elevados por parte de quienes las suscriben (Comisión Europea 2001: 15).

La Unión Europea ha propuesto una tímida vía para intentar dar eficacia práctica a estos «códigos de conducta». Así lo ha hecho en la «directiva 2005/29/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior», que modifica «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales». Según dispone el artículo 6.2.b de la directiva: «También se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga: [...] b) el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquel se haya obligado a respetar, siempre y cuando:

- i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y
- ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código.

Se trata, sin duda, de un paso adelante, aunque la exigencia de que el propio comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por su propio código sigue dejando en manos de este la decisión de respetar o no los derechos humanos o el Estado de Derecho.

2.3.d. Con carácter general, el Derecho contempla la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de las empresas por violación de los derechos fundamentales en tres supuestos, atribuyendo la responsabilidad al Estado: en primer lugar, cuando la empresa que viola los derechos humanos está habilitada por el Estado para ejercer elementos de autoridad pública; en segundo lugar, cuando la empresa actúa siguiendo instrucciones o se halla bajo el control del Estado; en tercer lugar, cuando el Estado, ayudando a la actividad empresarial es cómplice de la comisión de un ilícito internacional por otro Estado o por la empresa misma (McCorquodale y Simons 2007: 606 ss.).

2.3.e. Sin embargo, sigue abierta la cuestión de la responsabilidad de las empresas que, sin la antedicha conexión con el Estado de la sede, violan los derechos humanos y el Estado de Derecho. En esta dirección aparece como especialmente necesaria la adopción de una legislación que amplíe la eficacia territorial de los derechos fundamentales. Conocemos el caso de los derechos a la protección de la vida y la integridad física cuya protección universal, sustantiva y procesal está bien garantizada, aunque estos derechos tienen escasa o nula conexión con la actividad mercantil. La cuestión sería el cómo ampliar la eficacia transnacional de otros derechos que puedan tener una mayor conexión con la actividad mercantil.

De momento, podemos decir que son los EE.UU. donde se han dado pasos muy importantes en este terreno. Y ello tanto con relación a la eficacia transnacional de los derechos en general, como respecto a algún derecho en especial.

Con carácter general, encontramos en la legislación norteamericana la *Alien Tort Statute*, conocida también como «*Alien Torts Claims Act*» (28 USC 1350). Esta ley que se dictó en 1789, estuvo casi dos siglos en estado vegetativo, hasta que se reactivó en 1980. La ley permite que cualquier ciudadano extranjero demande a una persona estadounidense por el daño causado en violación del Derecho Internacional o de un Tratado. («*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*»). El caso puede surgir cuando una empresa norteamericana se establece en un tercer Estado que haya ratificado tratados internacionales sobre derechos humanos. La aplicación de esta ley no tuvo éxito en un caso contra Shell por violaciones de derechos humanos en Nigeria (*Wiwa vs. Royal Dutch Petroleum Co*, F.3d, 2d Cir. 2000); pero sí en otro de 2002, relacionado con Birmania y la empresa petrolífera norteamericana UNOCAL (más tarde adquirida por Chevron): el caso *Doe vs. UNOCAL* (9th Cir. 2002). Los demandantes, 15 campesinos birmanos que permanecen anónimos para proteger su seguridad, utilizaron esta ley para alegar que el demandado, UNOCAL, encargó a soldados birmanos la protección de uno de sus oleoductos a sabiendas que estos soldados cometían asesinatos, violaciones e imponían trabajos forzosos. En el citado caso el tribunal concluyó que UNOCAL «tenía o debería haber tenido conocimiento de que los militares cometieron, estaban cometiendo y continuarían cometiendo estos actos atroces». Igualmente, UNOCAL sabía que las empresas tailandesas con las que se había asociado para sus actividades utilizaban mano de obra forzada, una modalidad moderna de la esclavitud que viola los derechos humanos (Martínez Barrabés 2008). No obstante, cabe señalar que en esta ley se mantiene una idea del derecho fundamental como «derecho subjetivo» únicamente. No estamos aún, con todas las dificultades que ello conlleva (como se vio en el caso UNOCAL), ante un caso donde quien no es directamente perjudicado pueda demandar a la empresa infractora. Es decir, en esta ley no se considera la naturaleza objetiva que también tienen o pueden tener los derechos fundamentales.

En cuanto a España cabría citar, ciertamente que más bien de ocurrencia, la previsión contenida en el artículo 45.5 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio) que dispone que «La Generalitat debe favorecer el desarrollo de la actividad empresarial y el espíritu emprendedor teniendo en cuenta la responsabilidad social de la empresa, la libre iniciativa y las condiciones de competencia». Este artículo, que se incluye en el capítulo V del Título I («principios

rectores»), no tiene eficacia directa. Por lo demás, fue recurrido, junto al resto del Título I, por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional.

Con carácter especial, en relación con el derecho a la libertad religiosa se dictó la «*International Religious Freedom Act*» de 1998 (22 USC 73). Esta ley parte del hecho de la creciente importancia de las empresas transnacionales como actores globales y su potencial para proveer de un liderazgo positivo en materia de derechos humanos en los países en los que actúan [sección 701 (a)]. A partir de ahí, la legislación norteamericana establece que las empresas transnacionales, especialmente las que operan en países que cometen o permiten violaciones de la libertad religiosa (según se hubiera establecido en el «Informe Anual» sobre libertad religiosa del Departamento de Estado) deben adoptar «códigos de conducta». En estos códigos, en primer lugar, debe asegurarse la libertad religiosa de sus empleados, sea cual sea el país en el que se empleen y, en segundo lugar, que las creencias religiosas del empleado de esta corporación de ningún modo afectarán a su estatus en el seno de la empresa.

3. Conclusiones

El análisis del papel de los derechos fundamentales en la responsabilidad social corporativa debe partir de cuatro premisas teóricas. En primer lugar, la razón de ser de los derechos fundamentales es la de proteger al individuo cuando se halla en una posición de debilidad en una relación jurídica desequilibrada. En segundo lugar, pese a lo que algunos autores han sostenido, los derechos fundamentales tienen ahora, y siempre han tenido, eficacia en las relaciones entre particulares. En tercer lugar, la eficacia territorial de los derechos fundamentales, limitada al territorio del Estado, está conociendo una ampliación al ámbito supranacional respecto de algunos derechos. En cuarto lugar, se asiste a una modificación de la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales que dejan de ser exclusivamente derechos subjetivos para adquirir una dimensión objetiva que facilita la prevención de ciertos ataques y la reparación de las eventuales lesiones.

A partir de estas premisas, el examen de la cuestión nos lleva a concluir que, en primer lugar, el derecho de propiedad, que está en la base de la empresa, tiene una dimensión objetiva (la «función social») que legitima la pretensión de que la propiedad persiga otros intereses además del lucro. En segundo lugar, la libertad de empresa tiene ya reconocidos varios límites, en concreto, el derecho de la competencia y el derecho de consumo que operan en el ámbito nacional. En tercer lugar, la idea de responsabilidad social corporativa tiene su verdadera virtualidad en la aplicación transnacional de las ideas de derechos humanos y Estado de Derecho.

Bibliografía

BROSETA PONT, Manuel

1994 *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.

BULGARELLI, Waldirio

1992 «El Derecho del Consumidor». *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. N° 145-150, pp. 255-262.

COMISIÓN EUROPEA

2001 «Libro verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas». Bruselas.

FISERA, Raphaël

2005 «A People vs. Corporations? Self-determination, Natural Resources and Transnational Corporations in Western Sahara». *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos/Yearbook of Humanitarian Action and Human Rights*. N° 2, pp. 15-66.

FORSTHOFF, Ernst

1975 *El Estado de la sociedad industrial*. Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz (traductores). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO

1986 *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas.

HÄBERLE, Peter

1980 «Grundrechte im Leistungsstaat». Reproducido en *Die Verfassung des Pluralismus*. [1972] Königstein: Athenäum.

IHERING, Rudolf von

1954 *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Octava edición. Basilea: Benno Schwabe & Co. Verlag. [Existe una traducción parcial al castellano de esta voluminosa obra, *Abreviatura de El espíritu del Derecho Romano*. Fernando Vela (traductor). Buenos Aires: Revista de Occidente, 1947]

KELSEN, Hans

1934 *Teoría general del Estado*. Luis Legaz y Lacambra (traductor). Barcelona: Labor.

LOCKE, John

1690 «The second treatise on civil government». <<http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/locke/locke2/locke2nd-a.html>>.

MARTÍNEZ BARRABÉS, Mireia

2008 «La responsabilidad de las corporaciones por violación de los derechos humanos: un análisis del caso UNOCAL». En Victoria Abellán Honrubia y Jordi Bonet Pérez (directores). *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch.

McCORQUODALE, Robert y Penelope SIMONS

2007 «Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law». *Modern Law Review*. Vol. 70, pp. 598-625.

MENDES, Errol P. y Jeffrey A. CLARK

1996 «The five generations of corporate codes of conduct and their impact on corporate social responsibility». Ottawa: Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa. <<http://www.cdp-hrc.uottawa.ca/eng/publication/centre/five.php>>.

NIPPERDEY, Hans-Carl

1961 *Grundrechte und Privatrecht*. Krefeld: Scherpe.

PÉREZ CARRILLO, Elena F.

2007 «Corporate governance: shareholders' interests and other stakeholders' interests». *Corporate Ownership & Control*. Vol. 4, N° 4, pp. 96-102.

RUIZ MIGUEL, Carlos

2001 «La naturaleza jurídica multidimensional de los derechos fundamentales». En Miguel Ángel Aparicio (coordinador). *Derechos constitucionales y formas políticas*. Barcelona: Cedecs/Diputación de Tarragona.

RUIZ MIGUEL, Carlos y Fernando Adolfo de ABEL VILELA

1999 «Inactividad del legislador y activismo tardío del Tribunal Constitucional en materia televisiva. Acerca de la eficacia de los derechos fundamentales». *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 33, pp. 51-82.

VEGA GARCÍA, Pedro de

2002 «La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)». En Miguel Carbonell (editor). *Derechos fundamentales y Estado*. México: UNAM.