

| ARTÍCULO

Vulnerabilidad, derechos humanos y empresas¹**Vulnerability, human rights and business**

M^a Carmen Barranco Avilés
Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción 30/06/2016 | De aceptación: 25/11/2016 | De publicación: 19/12/2016

RESUMEN.

El presente trabajo trata de mostrar cómo algunos de los presupuestos teóricos de una concepción tradicional de los derechos, como el modo en el que operan la autonomía y la racionalidad y la forma en la que se articula la separación entre lo público y lo privado, han permitido que resulte fácilmente justificable que las corporaciones y, entre ellas, las empresas transnacionales, sean titulares de derechos humanos, pero también han operado como obstáculos para atribuirles obligaciones. Tales presupuestos han de revisarse para que los derechos humanos sirvan efectivamente para proteger a los seres humanos y no tanto a las ‘personas’ en el sentido jurídico.

PALABRAS CLAVE.

Empresa y Derechos Humanos, vulnerabilidad, autonomía, racionalidad, condición humana, personalidad jurídica.

ABSTRACT.

This work is aimed to show how some of the theoretical premises of a traditional conception of rights (such as autonomy, rationality or the public/private separation) have allowed an easy justification of the human rights for corporations, and for transnational enterprises as corporations. However, these assumptions have also hampered the justification of human rights duties for these entities. These ideas should be reviewed to make human rights protect human beings over ‘legal persons’.

KEY WORDS.

Business and Human Rights, vulnerability, autonomy, rationality, human condition, legal personhood.

¹ La investigación se ha beneficiado de las discusiones producidas en el marco del Grupo Interuniversitario de Investigación sobre Igualdad y Derechos. Asimismo, quiero agradecer a los y las estudiantes que han participado en el curso 2015/2016 en el Taller de Derechos Humanos y Empresa del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, así como a Rafael de Asís, Javier Ansuátegui, Patricia Cuenca, Hilda Garrido e Irene Vicente, por los comentarios y sugerencias realizados sobre versiones previas de este trabajo.

1.Introducción 2. Autonomía, derechos y poderes 2.1. El modelo de derechos: titularidad abstracta y vulnerabilidad 2.2 Derechos y poderes 2.3 Un modelo tradicional y un modelo contemporáneo de derechos 3. Los ‘derechos humanos’ y los ‘deberes’ de las empresas

1. Introducción

En el modelo tradicional de derechos, la vinculación de estos con la autonomía tiene al menos dos efectos. El primero, que los sujetos que son considerados no autónomos quedan privados de la posibilidad de ejercer sus derechos en igualdad de condiciones; el segundo, que en la representación de la imagen del titular se desconsidera el carácter corporal de los seres humanos. Ambos han sido determinantes del esquema de relación entre las empresas y los derechos humanos que se ha construido en coherencia con el modelo. La hipertrofia del papel de la autonomía, porque ha significado un obstáculo para establecer mecanismos de garantía de los derechos en las relaciones privadas; la desconsideración del cuerpo, porque ha permitido equiparar en buena medida a los seres humanos y a las corporaciones como titulares de derechos.

La introducción del discurso de la vulnerabilidad en estas materias permite reconstruir sobre nuevas bases ambos tópicos: la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares y la atribución de derechos a las personas jurídicas. Es importante al respecto aclarar que en el presente trabajo no se trata de cuestionar que la personalidad jurídica pueda atribuirse a las entidades y, entre ellas, a las empresas; excedería asimismo del objeto de estas páginas cuestionar si las empresas han de ser o no titulares de derechos humanos; el objetivo, más modesto, es poner de manifiesto que el carácter abstracto de los derechos humanos ha llevado a una representación de lo que supone ser humano desde la que, por un lado, se justifica que las personas jurídicas sean titulares de derechos humanos al tiempo que existen problemas teóricos para considerarlas titulares de deberes relacionados con los derechos de los seres humanos y, por otro, se niega la titularidad de derechos a algunos seres humanos.

En el tercer epígrafe se plantearán algunos de los caminos desde los que las relaciones entre empresas y derechos humanos habrían de ser revisadas a la luz de lo que se vislumbra como un nuevo modelo de derechos. Las vías trazadas habrán de tener en cuenta la representación del poder capaz de vulnerar los derechos que surge a partir del pensamiento crítico, y la respuesta debe partir de la reformulación del papel de la

autonomía en las teorías de los derechos; a estas cuestiones se dedica el segundo epígrafe.

2. Autonomía, derechos y poderes

En su concepción tradicional, los derechos no fueron pensados para proteger la dignidad en las relaciones entre privados. Por el contrario, los presupuestos de esta concepción han operado como obstáculos para la eficacia de los derechos frente a poderes distintos de los estatales, cuando no como encubridores de las vulneraciones producidas por ‘particulares’. A continuación, trataré de mostrar cómo estas dificultades de la categoría en los contextos en los que se relacionan sujetos privados, tienen que ver tanto con la concepción de los derechos subyacente cuanto con el modo en el que se representa el poder.

2.1. El modelo de derechos: titularidad abstracta y vulnerabilidad

La historia de los derechos humanos está estrechamente relacionada con la historia del Estado de Derecho. Ambas instituciones tienen claramente su origen en el liberalismo político y en ambos casos comparten el objetivo de establecer límites al poder político. Los presupuestos de las teorías de los derechos de corte liberal resultan compatibles con la idea de que no todos los seres humanos son titulares de

todos los derechos. Efectivamente, de modo muy especial el modo en el que operan la autonomía y la razón en relación con los derechos humanos – inicialmente derechos naturales-, justifica que sólo los individuos autónomos estén provistos de la titularidad y de la capacidad de ejercer los derechos. Quienes están imposibilitados para autodeterminarse o carecen de suficiencia económica o material se consideran dependientes, esto es, no autónomos y, por tanto, se justifica que sean privados de la titularidad de todos o algunos de los derechos o de la capacidad para ejercerlos.

A propósito de lo anterior, se ha mostrado cómo la construcción desconoce que todos los seres humanos dependemos en alguna medida de otros, y cómo la determinación que en ella se efectúa de las condiciones en las que un individuo tiene capacidad para autogobernarse se basa en estereotipos asociados a ciertas clases de seres humanos que son presentados como vulnerables o acreedores de cuidados². En la medida en que la teoría de los derechos desconoció la inherente vulnerabilidad de los seres humanos, estos se articulan en el Derecho como ‘derechos de la persona’, que es una categoría jurídica, y no como derechos de los seres humanos³. Así pues, no

² FINEMAN, M. A., *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*, New York, The New Press, 2004.

³ GREAR, A., *Redirecting Human Rights. Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010, p. 23. Un uso diferente de la idea de persona se encuentra en OMAGGIO, V., “Individuo, persona e costituzione”, en *Saggi sullo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 125-150. Este autor contrapone la ‘persona humana’, como elemento central

todos los seres humanos son titulares de derechos humanos, pero, al mismo tiempo, hay derechos humanos que se atribuyen a personas que no son seres humanos⁴.

Y esta crítica, que puede aplicarse al modelo que se inaugura con los textos en los que se apoyan las revoluciones burguesas del siglo XVIII, es válida también a propósito de la concepción de los derechos desde la que en el pensamiento occidental se interpreta la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En este sentido, A. Grear muestra la influencia de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El impulso de la Declaración tuvo que ver con el rechazo a los horrores del nazismo, por lo que en ella se aspira a la inclusión de todos los miembros de la familia humana. Sin embargo, señala Grear, la vocación por la universalidad se articuló no tanto desde un concepto inclusivo de ser humano, como desde el universalismo abstracto arraigado en la cultura occidental y, en particular, en la Declaración francesa en la que los redactores se inspiran⁵,

incorporando con ello al documento internacional las influencias liberales e ilustradas presentes en el texto de 1789⁶. De este modo, el sujeto universal de ambos textos es el titular abstracto, que, por tanto, se presenta como neutro. Sin embargo, la neutralidad se plantea desde el modelo de racionalidad y autonomía dominante en el contexto histórico en el que las declaraciones liberales se gestan⁷, con el resultado de que el titular efectivo al que se reconocen jurídicamente los derechos es el sujeto que en el momento concreto se considera racional y autónomo, y los derechos, planteados desde la abstracción, únicamente sirven para proteger a este sujeto. Al mismo tiempo quedan marginados quienes no coinciden con esa representación - “mujeres, personas de color, niños y niñas, personas con discapacidad, personas de edad avanzada o pobres, y aquellos con diferentes orientaciones sexuales”- y el titular, que es “una construcción y no un hombre vivo (a pesar del hecho de que algunos grupos de hombres resultan claramente beneficiarios por su (incompleta)

del constitucionalismo democrático, al individuo abstracto (p. 141). Nótese que ‘persona humana’, en el sentido en que utiliza el concepto Omaggio, se aproxima a ‘seres humanos’.

⁴ Ver BARRANCO AVILÉS, M.C., *Condición Humana y Derechos Humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*, Dykinson, Madrid, 2015.

⁵ GREAR, A. “‘Framing the Project’ of international human rights law”, in GEARTY, C. and DOUZINAS, C. (ed.), *Human Rights*

Law, Cambridge University Press, 2013, pp. 17-35, p. 29. La autora señala el paralelismo entre el artículo 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”) y el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”).

⁶ Sobre las influencias ideológicas del modelo francés de derechos puede verse PECES-BARBA, G., “Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 6, 1989, pp. 57-128.

⁷ BARRANCO, M.C., “Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2012, pp. 13-31, pp. 27-31.

correspondencia con sus contornos) emerge como el varón, propietario, europeo y blanco”⁸. La autora insiste en la incoherencia que resulta de extender esta preconcepción a un texto que explícitamente rechaza la discriminación.

Efectivamente, en la interpretación hasta ahora dominante de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el precio de la universalidad es la uniformidad, que se consigue desencarnando al sujeto de derechos⁹ e ignorando la diversidad de los seres humanos de carne y hueso, cuya dignidad queda desamparada incluso en los contextos en los que los derechos están protegidos. Por las mismas razones por las que muchos seres humanos (la mayor parte de la humanidad) son excluidos, resulta fácilmente justificable la atribución de derechos a las corporaciones, que pueden ser descritas perfectamente como sujetos racionales y autónomos y a las que se dota de personalidad jurídica. De esta forma, las corporaciones, y entre ellas ‘las acumulaciones privadas de capital’ - hace ver Muchlinski¹⁰-, tienen atribuido el derecho a la propiedad (por ejemplo, en el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, afirma

“toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes”), el derecho a la libertad de expresión, el derecho de acceso a la justicia o el derecho a la intimidad. Como el autor señala, lo llamativo de la cuestión es que las corporaciones privadas se hayan considerado titulares de derechos sin problema, pero que subsistan las ‘barreras conceptuales’ para considerar que son titulares de obligaciones.

En la tercera parte del trabajo trataré de profundizar en esta falta de equilibrio entre la concepción de las corporaciones como titulares de derechos y su representación como titulares de deberes, pero en este momento merece la pena detenerse en la manera en la que no sólo la imagen del titular, también el modo en el que desde la concepción tradicional se representa el poder al que los derechos sirven como límites, constituyen obstáculos para justificar obligaciones de las empresas en relación con los derechos humanos.

2.2 Derechos y poderes

En la tantas veces mencionada concepción tradicional, el objetivo de los derechos es establecer espacios de libertad, protegidos frente a interferencias del poder público, en los que la voluntad del titular es soberana. En el contractualismo liberal esta relación se representa claramente, desde el momento en que la cesión de

⁸ GREAR, A. “‘Framing the Project’ of international human rights law”, cit., p. 31.

⁹ GREAR, A., “‘Framing the Project’ of international human rights law”, cit., p. 31.

¹⁰ MUCHLINSKI, P. T., “Human Rights and Multinationals: Is there a Problem?”, *International Affairs*, vol. 77, n. 1, 2001, pp. 31-47, p. 33.

la autotutela que implica el pacto tiene como condición que el Estado proteja frente a los iguales (aspecto este que ya aparecía en el contractualismo absolutista¹¹), pero también que respete los derechos de los que los individuos eran previamente titulares. El presupuesto de la construcción es, precisamente, la igualdad de los pactantes, que se respalda mediante la separación entre los espacios públicos y los privados.

Como consecuencia de lo anterior, los derechos que se articulan son derechos individuales y civiles, cuyo paradigma es la libertad. Sin embargo, en los espacios privados los seres humanos no ocupan posiciones equivalentes, para empezar, algunos se consideran autónomos y otros dependientes. Además, los derechos civiles se atribuyen a quienes ocupan la posición socialmente preponderante, que son los seres humanos considerados autónomos, con lo que es fácil darse cuenta de que los derechos humanos contribuyen a consolidar y legitimar relaciones de dominación. Es posible de este modo decir que el Derecho y los sistemas de derechos generan situaciones de vulnerabilidad, entendida ahora no como una condición inherente al ser humano, sino como el resultado de estructuras de dominación y de opresión¹².

Además, no olvidemos que, en el Derecho y desde este esquema, los derechos humanos se articulan como derechos subjetivos que operan a veces como potestad y en ocasiones como inmunidad. De este modo, cuando el derecho constituye una potestad, habilita al titular para exigir la sujeción de otro sujeto; por su parte, si es construido como inmunidad, determina espacios en los que al titular se le reconoce la posibilidad de oponerse a la intervención del poder en la esfera protegida por el derecho¹³.

Si unimos lo anterior a la constatación de que la atribución de derechos ha venido operando de espaldas a la realidad en la que se desarrolla la existencia humana, el resultado es que ciertas agresiones a la dignidad podrían ser justificadas como el ejercicio de un derecho por parte del agresor, y ciertas otras podrían quedar impunes porque los derechos del agresor impiden la acción del Estado.

Estos presupuestos del modelo permiten argumentar en contra de la aceptación de la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares. El resultado es que los derechos humanos en su concepción tradicional deben ser protegidos por el poder político y así se corrobora en los textos internacionales, de los que se generan tres tipos de obligaciones para los

¹¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, pp. 127-174.

¹² BARRANCO, M.C., “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”, en BARRANCO AVILÉS, M.C., y CHURRUCA MUGURUZA, C., *Vulnerabilidad y*

protección de los derechos humanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 17-44.

¹³ HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. G. R. Carrió, 3ª edición, Fontamara, México, 1995, p. 67 y p. 81.

Estados: respeto, garantía y protección y promoción. Sin embargo, incluso en la concepción tradicional, los derechos carecerían de sentido si no formase parte de las obligaciones del Estado generar las herramientas adecuadas para hacer que los derechos sean respetados también por los privados¹⁴.

Si las teorías de los derechos humanos se mantienen en los presupuestos de la concepción tradicional, es difícil justificar que estos puedan ser adecuados para salvaguardar la dignidad de todos los seres humanos, sin embargo, desde diversas posiciones críticas se han presentado elementos para una comprensión alternativa que devuelva a los derechos su potencial emancipador¹⁵. A continuación, se presentarán algunas propuestas que pueden ser relevantes en relación con el tema que nos ocupa.

2.3 Un modelo tradicional y un modelo contemporáneo de derechos

Hasta aquí se ha señalado cómo los sistemas de derechos resultan insuficientes en relación con una buena parte de la humanidad y

en relación con muchas de las circunstancias en las que pueden encontrarse los seres humanos. A continuación trataré de mostrar cómo la corporeización de los sujetos, la revisión de esa tajante distinción entre lo público y lo privado y la reflexión sobre quiénes pueden vulnerar los derechos, permiten encontrar argumentos para ampliar su ámbito de eficacia. En este sentido, Upendra Baxi contrapone al modelo moderno, que a grandes rasgos coincide con el que aquí se ha identificado como concepción liberal, uno contemporáneo de derechos, cuyas características distintivas sitúa en cuatro aspectos: la sustitución de la lógica de la exclusión por la lógica de la inclusión, la revisión de la relación entre los derechos humanos y el gobierno, una concepción de carnaval como contrapuesta a una concepción ascética de los derechos y la reconstrucción de la relación entre derechos humanos y sufrimiento humano¹⁶. Esta revisión nos permite también encontrar pautas para reconsiderar los presupuestos de las actuales relaciones entre las empresas y los derechos humanos

En relación con el binomio inclusión y exclusión, la diferente relación que se establece en el modelo moderno (o tradicional) y el contemporáneo de derechos guarda relación con la definición de qué debe contar como humano. Como se ha señalado, en el modelo moderno las

¹⁴ BARRANCO AVILÉS, M.C., “Las teorías de los derechos humanos en el siglo XXI”, en REVENGA SÁNCHEZ, M., Y CUENCA GÓMEZ, P. (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 13-32, p. 22.

¹⁵ Algunas de estas ideas están presentes en el sistema internacional de protección los derechos humanos y se manifiestan, por ejemplo, en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Ibidem*, pp. 17-19.

¹⁶ BAXI, U., *The Future of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 27.

teorías de los derechos proclaman la universalidad al mismo tiempo que permiten la exclusión de los sujetos no autónomos o racionales. Como señala Baxi, la reflexión sobre la titularidad de los derechos implica una toma de postura sobre qué es ser humano, pero sobre todo con respecto a quiénes debemos considerar humanos. Ya se ha señalado que la concepción tradicional sitúa esa dimensión normativa en la razón y en la autonomía, de tal modo que “‘esclavos’, ‘paganos’, ‘bárbaros’, pueblos colonizados, pueblos indígenas, mujeres, niños y niñas, pobres y ‘dementes’” se consideran indignos de ser titulares de derechos¹⁷.

Frente a ello, el modelo contemporáneo de derechos, en este aspecto en buena medida subyacente a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁸, adopta como punto de partida la común vulnerabilidad de todos los seres humanos, insistiendo en que es el modo en el que la sociedad está organizada el que hace que esta común vulnerabilidad se convierta en opresión y dominación sólo en el caso de aquellas personas a las que se considera dependientes o incapaces de autogobernarse. Aparecen aquí dos sentidos del

concepto de vulnerabilidad cuando se incorpora a la reflexión sobre los derechos: la vulnerabilidad como condición universal de los seres humanos de carne y hueso, y la vulnerabilidad que resulta de la interacción entre las características de ciertos seres humanos y el modo en el que la sociedad se ha organizado.

Desde el nuevo modelo, los sistemas de derechos deben construirse tomando en cuenta a los seres humanos reales y no a entes abstractos, por tanto, partiendo de la vulnerabilidad como dato, y han de estar orientados a evitar la vulnerabilidad que es el resultado de la estructura social¹⁹. La autonomía no puede ser el presupuesto para la atribución de los derechos, sino, en todo caso, el objetivo a perseguir; por su parte, la dependencia resulta relevante para los derechos cuando puede ser el contexto para que se produzcan situaciones de dominación arbitraria.

En relación con esta última cuestión, tiene sentido recuperar la reflexión de Baxi en torno a la revisión del modelo en el que se enmarcan las relaciones entre los derechos y el poder. El autor señala cómo el lenguaje de los derechos ha desempeñado una función “al servicio del gobierno, en casa y en el extranjero, haciendo a grupos enteros de personas social y políticamente

¹⁷ BAXI, U., *The Future of Human Rights*, op. cit., p. 29.

¹⁸ ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 36-60; QUINN, G. and ARSTEINKERSLAKE, A., “Restoring the ‘human’ in ‘human rights’: personhood and doctrinal innovation in the UN disability convention”, in GEARTY, C. and DOUZINAS, C., *Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 36-55.

¹⁹ Como, en relación con esta misma cuestión, apunta Anna Grear, lo hasta aquí señalado no prejuzga ninguna posición a propósito de la discusión sobre los derechos de los animales y de unos posibles seres con inteligencia artificial. Ver GREAR, A., *Redirecting Human Rights. Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, cit., pp. 4 y 5

invisibles”²⁰. La atribución de poder a quienes eran autónomos e independientes, frente a quienes se consideraban ‘inferiores’ permitió la justificación ‘del gobierno racista en el extranjero y la dominación de clase y patriarcal en casa’. Frente a ese modelo moderno, el modelo contemporáneo se basa, señala Baxi, en la autodeterminación radical, e implica que los derechos también abren espacios de resistencia frente a cualquier tipo de poder.

En el nuevo esquema, resulta claro que no sólo los poderes públicos pueden vulnerar los derechos, al contrario, como muestra Muchlinski²¹ “la noción de una esfera privada, basada en un modelo paternalista del espacio doméstico, ha sido sustituida por una más regulada esfera de conducta privada, esto, a su vez, ha llevado a cuestionar otras divisiones de privado y público incluida la noción de la corporación como una empresa privada sin obligaciones sociales ni públicas”.

Al mismo tiempo, la nómina de los derechos es revisada, y frente a un esquema en el que se piensa en el Estado como el encargado de producir los derechos²², en el modelo contemporáneo los procesos de formación vienen frecuentemente marcados por negociaciones entre

Estados y ONG’s. Como consecuencia, se produce una proliferación de derechos para atender a la especificidad de las agresiones la dignidad que en cada caso se denuncian, de modo que los derechos se extienden a “hasta ahora totalmente nuevos grupos de justicia”. El resultado de esta apertura de los procesos de producción de derechos es tanto una diversificación de la imagen del titular, como una diversificación de los derechos²³, y en esto consiste la contemporánea concepción carnavalesca.

Finalmente, Baxi denuncia cómo la concepción moderna invisibiliza el sufrimiento humano. El papel que el autor atribuye al sufrimiento puede ser equiparable al rol que desde otras teorías que llegan a conclusiones semejantes se atribuye a la vulnerabilidad. Efectivamente, en la concepción tradicional, lo sujetos que sufren, los vulnerables, no son acreedores de igual dignidad que los agentes racionales y autónomos, puesto que necesitan de tutela. Frente a la reflexión contemporánea, señala Baxi “la marca de las formaciones ‘modernas’ de los derechos humanos fue hacer el sufrimiento invisible. El sufrimiento era hecho invisible porque amplias

²⁰ BAXI, U., *The Future of Human Rights*, cit., p. 31.

²¹ MUCHLINSKI, P. T., “Human Rights and Multinationals: Is there a Problem?”, cit., p. 40.

²² BAXI, U., *The Future of Human Rights*, cit., p. 31.

²³ De nuevo puede citarse como ejemplo la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad QUINN, G., Quinn, G., Keynote Address: ‘Implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - The Institutional Architecture for Change’, Jacobus tenBroek Disability Law Symposium, NFB Headquarters Baltimore, Maryland, USA April 17, 2009, pp. 13 y ss. (disponible en <http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/publications/NFB%20paper%20final.pdf> consultada el 27 de marzo de 2016)

masas de pueblos colonizados no fueron vistos como humanos o porque un número considerable de seres humanos eran contemplados como no plenamente humanos, necesitados de tutela”²⁴.

En contraste con este modelo, la concepción contemporánea de los derechos se caracteriza por rechazar la crueldad del poder en cualquier nivel (podríamos decir, la arbitrariedad del poder), de forma que “cada vez en mayor medida desacreditan cualquier intento de basar el poder y el orden en la inherente violencia institucionalizada en el imperialismo, el imperialismo el racismo y el patriarcado. Los derechos humanos contemporáneos hacen posible, en las más notables formas, el discurso del sufrimiento humano”²⁵.

La revisión contemporánea de la idea de derechos tiene importantes consecuencias sobre los dos aspectos que han sido identificados como claves para entender las relaciones entre los derechos y las empresas, la imagen del titular y los derechos como límites al poder.

En primer lugar, en la representación de la imagen del titular se rechaza el objetivo de la abstracción y se persigue la inclusión de la tangible diversidad de los seres humanos. Los derechos se convierten, en la terminología de

Ferrajoli, en ‘la ley del más débil’²⁶, que, como veremos, opera frente a cualquier tipo de poder ya sea de tipo público o de tipo privado²⁷. Con la multiplicación de las reivindicaciones que se presentan justificadas por los derechos, se trata de ampliar su operatividad como instrumentos de salvaguarda de la dignidad en aquellas situaciones en las que se produzca sufrimiento. El efecto, en el tema que nos ocupa, es que los derechos son de los humanos y no ya derechos de la ‘persona’, de tal modo que la relación entre la personalidad jurídica y la titularidad de ‘derechos humanos’ deja de ser directa. Por otro lado, los argumentos teóricos que dificultan atribuir responsabilidades de derechos humanos a las empresas, son sustituidos por argumentos de prevención frente al modo en el que las empresas, como poderes, pueden ser agentes que vulneren los derechos, y, en este sentido, como argumentos para justificar obligaciones, al menos de respeto.

Hasta aquí se ha mostrado cómo la concepción contemporánea de los derechos ha resultado en la corporeización del titular y en la representación de las empresas como poder. En el siguiente apartado, se tratará de analizar de qué modo estos cambios afectan a la reflexión sobre los derechos y los deberes de las empresas.

²⁶ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trad. P. A. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.

²⁷ FERRAJOLI, L., “Garantismo y poderes salvajes”, trad. A. Julio y G. Pisarello, en *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 120-190, pp. 126 y ss.

²⁴ BAXI, U., *The Future of Human Rights*, cit., p. 33.

²⁵ BAXI, U., *The Future of Human Rights*, cit., p. 34.

otros que pueden ser exagerados en función de los intereses publicitarios de las ONGs²⁸.

3. Los ‘derechos humanos’ y los ‘deberes’ de las empresas

Ya se ha apuntado que el modelo liberal o moderno admite fácilmente la titularidad de derechos por parte de las empresas, pero también que los presupuestos de este modelo impiden justificar la atribución de deberes. Son diversas las razones que desde este esquema se ofrecen para que las empresas no tengan obligaciones en relación con los derechos humanos. Por ejemplo, se señala que el objetivo de las empresas no son los derechos, sino los negocios; que como agentes privados no tienen deberes en relación con los derechos, ya que estos deberes corresponden a los Estados; que es difícil saber en qué derechos pueden influir las empresas multinacionales, más allá de cuestiones sociales o económicas en relación con sus propios trabajadores; que la extensión de obligaciones a las empresas puede provocar un desplazamiento de las inversiones hacia los Estados menos garantistas, en detrimento de los Estados que están dispuestos a establecer mayores garantías, y pérdidas de oportunidades de negocio para las empresas más escrupulosas; y que ciertos comportamientos de las empresas pueden pasar desapercibidos frente a

Frente a ello, en el modelo contemporáneo claramente se deja de lado la representación de la sociedad civil, y en ella el mercado, como el espacio en el que se relacionan los iguales, y, por el contrario, se subrayan los desequilibrios de poder presentes en los espacios privados. Precisamente la reflexión sobre empresas y derechos humanos comienza cuando se toma conciencia del enorme poder que tienen algunas empresas y hasta qué punto este poder se traduce en capacidad para impactar en los derechos. Esta reflexión, que ya venía produciéndose en el ámbito interno, se intensifica en relación con las empresas transnacionales. Resulta fácil en este marco apuntar hacia las empresas como poderes, más aún desde el momento en que se pone de manifiesto la existencia de centros de poder de carácter no estatal que “ejercen influencia directa en las instituciones que, a su vez, ejercen poder sobre los individuos” sin que existan mecanismos de rendición de cuentas²⁹. Claros ejemplos se encuentran en el Banco Mundial, en el Fondo Monetario Internacional y en la Organización Mundial del Comercio. Puede pensarse, por ejemplo, en los efectos que los “Acuerdos sobre

²⁸ MUCHLINSKI, P. T., “Human Rights and Multinationals: Is there a Problem?”, cit., pp. 35 y 36.

²⁹ CLAPHAM, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon, Oxford, 1993, p. 138. Ver también MUCHLINSKI, P. T., “Human Rights and Multinationals: Is there a Problem?”, cit., p. 40. Ver

los aspectos de derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio” están teniendo desde 1995 sobre la regulación de cuestiones como los genéricos y, por extensión, sobre el derecho a la salud y la vida de un gran número de seres humanos³⁰. De un modo evidente, la actividad de estas entidades revela que el mercado está ya regulado, la cuestión a dilucidar es quién y con qué contenidos debe efectuar esa regulación.

Las llamadas de atención sobre el impacto que la actividad de las transnacionales estaba teniendo en los derechos humanos se remonta a los años setenta. De 1976 son las Líneas Directrices de las Empresas Multinacionales que se generan en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico³¹, se trata de normas no vinculantes que los Estados se comprometen a promover; en 1977 se produjo la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social en el contexto de la Organización Internacional del Trabajo; de 1999 es el Pacto Mundial; en 2003 la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobaba la resolución 2003/16 que contenía las fracasadas “Normas sobre responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en

la esfera de los derechos humanos”; finalmente, de 21 de marzo de 2011 es el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, que contiene los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, el actual marco de las Naciones Unidas.

El origen de la preocupación que está presente en todos estos instrumentos tiene que ver, fundamentalmente, con dos cuestiones, la capacidad de influencia de las empresas sobre los Estados y su capacidad para escapar del control del Estado en el que tienen su sede o de un tercer Estado en el que operan. Efectivamente, el debate sobre los derechos y las empresas se intensifica en el momento en el que se pone de manifiesto la presencia de empresas con más poder que muchos Estados y, por tanto, con capacidad para imponer decisiones a éstos, que pueden ir en contra de sus compromisos de derechos humanos. Además, surgen prevenciones a propósito de la posibilidad que tienen las empresas multinacionales de operar con un doble rasero en relación con los derechos, dependiendo de si se encuentran en el territorio de Estados que no están comprometidos con los derechos.

No obstante, el escenario en el que nos encontramos aparece todavía dominado por una concepción tradicional de los derechos. La focalización del discurso liberal en la protección

³⁰ FREDMAN, S., *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008, p. 49

³¹ La revisión de 2011 se encuentra en

<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>, consultada el 28 de marzo de 2016.

de los derechos frente al Estado, ha provocado el descuido de estos en el marco de la sociedad civil³², pero además, es posible denunciar que este descuido ha hecho posible que las corporaciones transnacionales se apoderen del discurso de los derechos humanos, utilizándolos para reforzar su posición de poder³³. Es posible pensar, a propósito de este asunto, en el modo en el que operan los tratados de libre comercio, y en cómo el resultado es que blindan la posición de las empresas mediante el establecimiento de un sistema de solución de controversias que consiste en el arbitraje por parte de juristas sin formación ni experiencia en derechos humanos, y a través de un procedimiento que se caracteriza por la falta de transparencia³⁴.

Cuando desde la concepción contemporánea se insiste en la vulnerabilidad como elemento insustituible de la condición humana, también se está ofreciendo un poderoso argumento para poner en cuestión que las corporaciones puedan ser titulares de derechos ‘humanos’ en el mismo plano que los seres humanos, y es que las corporaciones carecen de la condición requerida para poder ser beneficiarias primarias de los derechos: la vulnerabilidad que

deriva del carácter corporal³⁵. La redefinición teórica, debe encontrar reflejo en los instrumentos de protección de los derechos humanos y son los principios que inspiran los sistemas de protección de los derechos y no los que conforman la lógica del mercado, los que deben inspirar la regulación.

De hecho, en los textos internacionales de protección de los derechos humanos ya se encuentran incorporados deberes para los privados sobre la base de un modelo de tres niveles³⁶. En primer lugar, como consecuencia de las obligaciones asumidas por los Estados, se generan obligaciones de garantía y protección frente a vulneraciones de los privados. Además, en ciertas ocasiones, los tratados internacionales especifican obligaciones que los Estados deben imponer a los privados y que los mismos Estados deben asegurar. En estos supuestos, (en materia laboral, tratados antidiscriminatorios, tratados sobre persecución internacional de delitos), los titulares directos de los deberes internacionales son los Estados, puesto que les corresponde establecer medidas para su efectividad.

En relación con la posibilidad de exigir obligaciones a las empresas, aparece de nuevo la tensión entre el principio de igualdad soberana y la aspiración a la protección internacional de los

³² BAXI, U., “From Human Rights to the Right to be Human: Some Heresies”, in *India International Centre Quarterly*, vol. 13, n. 3-4, 1986, 185-200, p. 192.

³³ GREAR, A., *Redirecting Human Rights*, cit., p. 118

³⁴ FREDMAN, S., *Human Rights Transformed*, cit., p. 53.

³⁵ GREAR, A., *Redirecting Human Rights*, cit., p. 136.

³⁶ Ver KNOX, J. H., “Horizontal Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 102, n. 1, Jan., 2008, pp. 1-47, quien por otra parte mantiene cautelas frente a la eficacia horizontal de los derechos.

derechos humanos. Algunos instrumentos, como los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales presentan elementos para interpretar el alcance de las obligaciones del Estado en relación con los privados. En este sentido, parece que habría que considerar al Estado responsable de las vulneraciones cometidas por aquéllos sujetos sobre los que tiene capacidad de control o influencia y en la medida en que esta capacidad exista. También algunos organismos de monitorización de los derechos se han ocupado de determinar el alcance de la responsabilidad del Estado y los deberes de los agentes no estatales.

Es posible pensar un tercer nivel, en el que los textos internacionales establecieran de modo directo obligaciones para los privados que se hicieran efectivas a través de los mecanismos de Derecho internacional. Esta posibilidad conduce a la reflexión sobre la subjetividad internacional, que es uno de los temas a replantear desde el modelo contemporáneo.

Como ha podido observarse, las dificultades para proteger los derechos humanos frente a las empresas no sólo tienen que ver con cuestiones fácticas, por el contrario, también derivan de la concepción dominante de los derechos en la medida en que sitúa a un mismo nivel los derechos humanos de las personas físicas y los

derechos humanos de las personas jurídicas. Para superar esta situación, cuando menos perturbadora para los no juristas³⁷, el modelo contemporáneo permite reforzar la idea de que los derechos humanos están orientados a salvaguardar a los seres humanos de carne y hueso y vulnerables. Resulta perentoria la revisión desde este nuevo esquema de los instrumentos a través de los cuáles operan las empresas, de los instrumentos desarrollados para proteger los derechos humanos frente a las empresas y de algunas de las categorías del Derecho internacional, todavía anclados en la concepción tradicional o moderna.

³⁷ GREAR, A., *Redirecting Human Rights*, cit., p. 7, señala al respecto, “la idea de que el discurso internacional de los derechos humanos podría ser colonizado por los intereses de las entidades corporativas, y la correlativa idea de que la corporación puede ser pensada como una clase de ‘víctima’ de vulneraciones de derechos humanos son, para la mayoría de quienes no son abogados, verdaderamente desconcertantes y contraintuitivas”.

Bibliografía

- ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.
- BARRANCO AVILÉS, M.C., “Las teorías de los derechos humanos en el siglo XXI”, en REVENGA SÁNCHEZ, M., Y CUENCA GÓMEZ, P. (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 13-32.
- BARRANCO, M.C., “Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2012, pp. 13-31, pp. 27-31.
- BARRANCO, M.C., “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”, en BARRANCO AVILÉS, M.C., y CHURRUCA MUGURUZA, C., *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 17-44.
- BARRANCO AVILÉS, M.C., *Condición Humana y Derechos Humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*, Dykinson, Madrid, 2015.
- BAXI, U., “From Human Rights to the Right to be Human: Some Heresies”, in *India International Centre Quarterly*, vol. 13, n. 3-4, 1986, 185-200.
- BAXI, U., *The Future of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CLAPHAM, A., *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon, Oxford, 1993.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987.
- FERRAJOLI, L., “Garantismo y poderes salvajes”, trad. A. Julio y G. Pisarello, en *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 120-190, pp. 126 y ss.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trad. P. A. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.
- FINEMAN, M. A., “The Autonomy Myth. A Theory of Dependency”, New York, The New Press, 2004.
- FREDMAN, S., *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008.
- GREAR, A., *Redirecting Human Rights. Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010.
- GREAR, A. “‘Framing the Project’ of international human rights law”, in GEARTY, C. and DOUZINAS, C. (ed.), *Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2013, pp. 17-35.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. G. R. Carrió, 3ª edición, Fontamara, México, 1995, p. 67 y p. 81.
- KNOX, J. H., “Horizontal Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 102, n. 1, Jan., 2008, pp. 1-47.
- MUCHLINSKI, P. T., “Human Rights and Multinationals: Is there a Problem?”, *International Affairs*, vol. 77, n. 1, 2001, pp. 31-47.
- OMAGGIO, V., “Individuo, persona e costituzione”, en *Saggi sullo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 125-150.
- PECES-BARBA, G., “Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración

Francesa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 6, 1989, pp. 57-128.

QUINN, G. and ARSTEIN-KERSLAKE, A., “Restoring the ‘human’ in ‘human rights’: personhood and doctrinal innovation in the UN disability convention”, in GEARTY, C. and DOUZINAS, C., *Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 36-55.

QUINN, G., Quinn, G., Keynote Address: ‘Implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - The Institutional Architecture for Change’, Jacobus tenBroek Disability Law Symposium, NFB

Headquarters Baltimore, Maryland, USA April 17, 2009, pp. 13 y ss. (disponible en <http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/publications/NFB%20paper%20final.pdf> consultada el 27 de marzo de 2016).