

# Derecho económico y códigos de ética de empresas transnacionales: un análisis sobre la vinculación frente al empleo del Derecho Internacional Privado

VICTOR HUGO ALCALDE DO NASCIMENTO<sup>1</sup>

## RESUMEN

Las empresas transnacionales generan innumerables dificultades en diferentes contextos jurídicos. La respuesta del Derecho Económico Internacional exigió un cambio de paradigmas: su subordinación a conceptos financieros, motivado por la búsqueda del progreso económico, cedió espacio para agregar la tutela de Derechos Humanos y fundamentales como sinónimo del desarrollo. El resultado fue la elaboración de una serie de normas jurídicas, domésticas e internacionales, que incitan, además de a Estados y organizaciones internacionales, a las compañías transnacionales a la salvaguardia de estos valores primordiales. Prevalece en estos textos un fuerte incentivo a la autorregulación a través de la adopción de programas de *compliance* o de códigos de ética. No obstante, el principal obstáculo para la efectiva aplicabilidad es el carácter voluntario de estas iniciativas. Este artículo cuestiona, en definitiva, cómo asegurar que la regulación por códigos corporativos viabilice la tutela de los Derechos Humanos y fundamentales, y, por lo tanto, impulse el desarrollo. En una investigación teórica, de rasgo cualitativo, se aboga el empleo de los principios del DIPr. Se postula que la disciplina internacional jusprivatista

\* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n57.09>

1 Abogado, en Brasil. Mestre en Derecho Negocial por la Universidad de Estadual de Londrina. Vicecoordinador de la Comisión de Relaciones Internacionales de la OAB, en la ciudad de Londrina-PR. Correo-e: victorh.alcalde@outlook.com.

ejercería funciones regulatorias, típicas del Derecho Público, aunque se denomine privado. Inicialmente, se sostiene que esta disciplina sea empleada en ámbito macro dimensional, para conferir juridicidad a los códigos de ética, al cualificarlos como contratos, fuente de responsabilidad civil extracontractual, declaración unilateral de voluntad o una relación de consumo. A continuación, se defiende el uso del DIPr en el ámbito microdimensional, para permitir el diálogo entre códigos corporativos o legislaciones domésticas. Los principios de la disciplina permiten el desarrollo del Derecho Económico Internacional, porque se adaptan mejor a los contextos. Se trata de una respuesta novedosa que rompe, en definitiva, los límites entre lo público y lo privado: se utilizan instrumentos privados, como empresas y códigos de ética, para la búsqueda de valores propios del Derecho Público.

**Palabras clave:** Empresas transnacionales; Compliance; Códigos de ética; Desarrollo; Derecho Internacional Privado.

#### ABSTRACT

Transnational enterprises have caused many difficulties in different legal contexts. The answer given by International Economic Law has demanded a reform in the paradigms of the legal field: from its subordination to financial concepts and its purpose in achieving economic progress to the adoption of the protection of human and fundamental rights as synonyms of development. The result is found in a series of domestic and international legal documents, which urge, besides States and international organizations, transnational corporations to the protection of those valuable rights. In these texts, it is encouraged self-regulation by the implementation of programs of compliance and its consequent elaboration of codes of ethics. However, the main obstacle to the adoption of these initiatives is their voluntary character. This article inquires how the self-regulation carried by corporate codes could enable the protection of human and fundamental rights, and, consequently, achieve the desired development. Thorough theoretical research, with a qualitative focus, this article postulates the employment of private international law equipped with principles. In reality, this legal field performs regulatory functions, common to public law, even though it is named private. Initially, it argues that conflict of laws would be applied in a macro dimension, to confer a legal nature to corporate codes, by allowing characterize them as contracts, sources of torts, a unilateral declaration or consumer relations. Furthermore, private international law would be applied in a micro dimension, with the purpose of allowing the dialogue between different codes of ethics or with other domestic legislations. Conflict of laws' principles adapts better to achievement of development, object of International Economic Law. It is, in summary, a new answer to Economic Law, which exceeds the limits of public and private: private tools as enterprises and codes of ethics are employed to archive Public Law ends.

**Keywords:** Transnational Enterprises; Compliance; Codes of Ethics; Development; Private International Law.

## INTRODUCCIÓN

Las empresas transnacionales han impuesto innumerables dificultades en diferentes contextos jurídicos. El control del monopolio u otras manifestaciones de la concentración de poder, la consolidación de la responsabilidad social de las compañías son temas que atraviesan los dominios del Derecho Empresarial doméstico y desafían el ámbito general del Derecho Económico Internacional. Esta disciplina, desarrollada para remediar las fallas del liberalismo contemporáneo, encara un nuevo reto: el reglamento de las compañías transnacionales como actores del desarrollo. Profundamente dependientes del contexto, la apertura de las fronteras, la pérdida de soberanía estatal y nuevas formas de regulación, exigen que la disciplina ofrezca un razonamiento adecuado y planeado para la definición de cómo empresas transnacionales auxiliarían la búsqueda por el desarrollo.

Las empresas son esenciales para la organización de la actividad económica y de los mercados. Sin embargo, cuando sus actividades trascienden las fronteras de su sede o del local de incorporación, su contribución al desarrollo es cuestionada. Estas compañías suelen buscar sistemas jurídicos laxos, favorables a sus intereses financieros, displicentes al cumplimiento de exigencias éticas y omisos a la tutela de los derechos fundamentales. Estas corporaciones compiten por ordenamientos jurídicos empresariales flexibles, sin que el Derecho Internacional Público pueda reprimirlas y cumplirlas al respeto a los Derechos Humanos. La dependencia en la mano invisible como medio de disciplina de los mercados refuerza la imagen del Derecho como mero producto y las jurisdicciones como mercados. Esto es resultado, en gran medida, de costumbres adquiridas a lo largo de políticas de libre mercado exentas de mayores controles regulatorios y jurídicos.

El Derecho Económico Internacional, amparado por los sistemas de Derecho empresariales domésticos y por las reglas y filosofía del Derecho Internacional, debe servir como puente entre diferentes conocimientos y destinar sus esfuerzos a la salvaguardia del desarrollo, no solo económico, sino político y social. Como un área del conocimiento subordinada al contexto dinámico de la libre circulación de bienes y servicios o la conducción de la economía, esta rama jurídica depende de la pluralidad de conocimientos y de disciplinas para cumplir sus tareas.

Algunas herramientas e instrumentos jurídicos han sido elaborados como un intento para disciplinar la actuación transfronteriza de las compañías, un área en la que los sistemas jurídicos nacionales tienen dificultades para alcanzarlas. El puente entre lo doméstico y lo internacional ha sido tema de innúmeros tratados internacionales, guías programáticas y algunas leyes domésticas, como la Ley n.º 12.846 de 2013, los Decretos n.º 9.571 de 2018 y 8.420 de 2015, en Brasil, o normas internacionales, como los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (conocidos como Principios *Ruggie*), la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, de la Organización Internacional del Trabajo, o las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Muchos de estos

instrumentos incitan a las empresas a la adopción de programas de *compliance* y códigos de ética, como medida de autorregulación o como una respuesta de los Estados administrativos.

La elaboración de estos documentos fue la principal preocupación de Estados y organizaciones internacionales en el pasado; no obstante, para el futuro resta la solución para el problema del carácter voluntario de estas disposiciones, o sea, su dependencia a la aquiescencia de las compañías transnacionales. ¿Cómo, en definitiva, asegurar que la regulación por códigos corporativos viabilice la tutela de los Derechos Humanos y fundamentales, y, por consiguiente, promueva el desarrollo?

Los problemas de las empresas transnacionales trascienden las fronteras estatales y, en consecuencia, las soluciones necesitan de herramientas globales. Puesto que las iniciativas internacionales no lograron, hasta el momento, trasponer el ámbito de la voluntariedad, y como nuevos tratados demandan la aquiescencia entre Estados, este artículo aboga una respuesta distinta a las prácticas existentes: el empleo del Derecho Internacional Privado (DIPr) como intermediario entre las disposiciones normativas que solicitan el respeto a derechos fundamentales por empresas transnacionales y los códigos de ética. Inicialmente, se sostiene el empleo del DIPr en el ámbito macro dimensional, con la finalidad de conferir a estos códigos la vinculación jurídica conforme un instituto jurídico familiar al foro. En seguida, el DIPr operaría en el ámbito microdimensional, para la solución de conflictos entre códigos de ética o frente a las legislaciones domésticas. Los principios de la disciplina internacional jusprivatista poseen la aptitud para la respuesta entre el vacío jurídico entre el Derecho y los códigos de ética de las compañías. El DIPr, en definitiva, traspassa los límites entre el Derecho público y el privado, supera las fronteras entre lo doméstico y lo internacional y atraviesa la naturaleza de Derecho duro (*hard law*) y el blando (*soft law*).

El desafío futuro del Derecho Económico Internacional es la conquista del diálogo entre diferentes saberes y actores: servirá de puente entre Estados y empresas transnacionales, así como entre el Derecho Empresarial e internacional para la consolidación el desarrollo, concebido como mero progreso económico, como el crecimiento económico o el avance para una sociedad igual y justa. Esta no es, no obstante, monopolio de Estados y organizaciones internacionales, o del imperio del Derecho Público, sino un proyecto plural, en el cual el Derecho Privado y personas morales presentan una potencial contribución.

En esta investigación teórica, de rasgo cualitativo, se emplearán precedentes y la literatura jurídica extranjeros. Las traducciones, por consiguiente, son responsabilidad del autor.

## DERECHO ECONÓMICO Y DESARROLLO: UN TEMA ANTIGUO

La relación entre Derecho Económico y desarrollo no es inédita. En la literatura jurídica se pueden reportar los estudios de Max Weber sobre la consolidación del capitalismo

en Alemania y su intento en explicar igual progreso en Inglaterra<sup>2</sup>. En el ámbito normativo, el desarrollo fue reconocido como verdadero Derecho en la Resolución n.º 4 (XXXIII) y Resolución n.º 5 (XXV), de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas<sup>3</sup>, hasta la Declaración de 1986, adoptada por la Resolución de la Asamblea General, n.º 41/128, de 1986<sup>[4]</sup>, o, la Resolución n.º 32/130 sobre Derechos Humanos y el Nuevo Orden Económico Internacional<sup>5</sup>. La esfera económica mezcla necesidades políticas y sociales. Se señala que la creación de “una síntesis de un número de derechos humanos existentes y el reflejo de preocupaciones de la comunidad internacional en los sectores del desarrollo, derechos humanos y la creación de un nuevo orden internacional económico y social” hace con que “el concepto del derecho al desarrollo sea capaz de engendrar una consciencia de las dimensiones de los derechos humanos sobre los problemas mayores que confrontan la comunidad mundial” (Alston, 1980, p. 112).

Este derecho de tercera generación es, también, tema de investigaciones académicas. El movimiento del Derecho y Desarrollo, iniciado en los años 1980, asistió la evolución del concepto de progreso para abarcar nuevos actores y filosofías. Inicialmente, se sostenía el ejercicio vertical por Estados y organizaciones internacionales en la propagación de la sustitución de importaciones. El desarrollo era concebido como un proyecto que comportaba la exportación a diferentes países, es decir, capaz de “repetir las transformaciones que ocurrieron en el Norte a lo largo de la revolución industrial” (Kennedy, 2006, p. 98). El “énfasis recayó en el derecho público y en el trasplante de leyes reglamentares de estados desarrollados” (Trubek *et al.*, 2006 p. 5). Además, “el uso primario del derecho en el estado en desarrollo era como herramienta para remover las barreras ‘tradicionales’ y cambiar el comportamiento económico” (Trubek *et al.*, 2006, p. 5).

La consideración de factores ajenos a la economía como sinónimo de desarrollo o como la salvaguardia de los derechos fundamentales y sociales, solo ocurrió con

- 2 Max Weber (1950) analizó las estructuras fundamentales para la consolidación del capitalismo. En su obra, se puede comprender que algunas características sociales ayudan el desarrollo de capitalismo, como la organización emprendedora del capital, la racionalización de la tecnología, la libertad laboral, mercados abiertos y un sistema jurídico previsible. Según el autor, “el Capitalismo está presente siempre que las provisiones industriales para las necesidades de un grupo humano son llevadas a cabo por un método de empresa, independiente de la necesidad involucrada. De forma más específica, un establecimiento capitalista racional es aquel con contabilidad financiera, o sea, un establecimiento que determina el poder de la obtención de la receta a través de cálculos cantáviles modernos y por demostrativos” (p. 275).
- 3 Respectivamente, UN Commission on Human Rights, Resolution 4 (XXXIII), 1977; UN Commission on Human Rights, Resolution 5 (XXV).
- 4 UN doc. A/RES/41/128. Recientemente, el Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución sobre el desarrollo en consideración a los retos impuesto por la COVID/19. Se trata del UNDOCS A/HRC/48/L.18, de 4 de octubre de 2021.
- 5 UNDOCS A/RES/32/130.

la madurez de los estudios jurídicos en los años 1990, y persigue respuestas hasta el presente. El descreimiento sobre los paradigmas propuestos por el consenso de Washington cambió el razonamiento sobre la relación entre el desarrollo y el Derecho, ya que sus prescripciones para “la reducción de gastos públicos, reforma tributaria, liberalización financiera, tasas de cambio competitivas, la liberalización del comercio, inversiones extranjeras directa, privatización, desregulación, y, derechos de propiedad” (Sitaraman, 2019, p. 24) cedieron espacio para otras consideraciones. Si en el inicio de la reflexión de la relación entre el Derecho y el desarrollo, la economía prevalecía sobre la ciencia jurídica, ahora, “la nueva doctrina acepta el empleo del derecho no solo para crear y proteger mercados, sino, también, para corregir los excesos del mercado, ayudar el sector social y atenuar la pobreza” (Trubek *et al.*, 2006, p. 8).

En términos jurídicos, desde las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos, de los años 1970 hasta hoy, la preocupación por la garantía del desarrollo es, aún, tema principal de Estados y organizaciones internacionales. Para los próximos treinta años, la ciencia jurídica se responsabilizará por otra tarea: llevar a cabo los derechos y guías elaborados internacionalmente, consolidar los planes idealizados por la doctrina jurídica, y, reconocer que el desarrollo es dependiente de otros organismos, como las empresas privadas.

El Derecho Económico Internacional, a diferencia de otras disciplinas jurídicas, es, considerablemente, dependiente del contexto. Él se presenta como “una reflexión sobre la realidad de las cosas, sobre los principios de funcionamiento y el modo que la normatividad puede agarrarse a la economía” (Frison-Roche, *et al.*, 2005, p. 4). Si el contexto económico no se cambió como se deseaba, al menos, la madurez del razonamiento jurídico permite considerar nuevas herramientas y concepciones. Además, el Derecho es capaz de impulsar cambios significativos en la sociedad: él es, en definitiva, un actor transformador<sup>6</sup>.

El consenso sobre la importancia de la responsabilidad social de las empresas se consolidó en innumerables documentos. Más que simples principios, ellos incitan a la adopción de programas de *compliance* como requisito para minorar los riesgos de incumplimiento o violación de normas sobre Derechos Humanos y fundamentales. En el ámbito doméstico, por ejemplo, se mencionan la Ley n.º 12.846 de 2013<sup>[7]</sup>, los

6 Lawrence Lessig (1998) señala que el comportamiento es regulado por cuatro instrumentos principales: “el Derecho (en su sentido tradicional o Austiniano) dirige el comportamiento de ciertas formas, él amenaza a la sanción *ex post* si no se obedece a las órdenes” (p.662); normas sociales, “si ellas obligan, ellas lo hacen debido al cumplimiento de la comunidad. A través de esta comunidad, ellas reglamentan” (p. 662); los mercados “regulan a través del precio” (p. 663); la arquitectura, “el mundo como yo lo comprendo, o sea, concebido como yo lo encuentro”, “ellos son características de la arquitectura de este mundo y pueden, por consiguiente, disciplinar” (p. 663). En este artículo hay la presencia de algunas de estas fuerzas: las empresas transnacionales (los mercados), el DIPr (el Derecho), los códigos de ética de las compañías (las normas sociales) y la arquitectura (la economía).

7 Esta Ley es conocida como Ley Anticorrupción.

decretos n.º 9.571 de 2018<sup>[8]</sup> y 8.420 de 2015<sup>[9]</sup> en Brasil; el artículo 31 bis<sup>10</sup>, del

- 8 Este Decreto versa sobre las directrices nacionales sobre empresas y Derechos Humanos. Expresa, en el artículo 4º, V, por ejemplo, que las empresas deben "redactar códigos de conducta públicamente accesibles, aprobados por la alta administración de la empresa, que contendrá su compromiso y sus políticas de implementación de los derechos humanos en la actividad empresarial". Además, el artículo 6º, III, añade que la corporación debe "evitar impactos y daños procedentes de las actividades de sus filiales y de entidades que se hallan bajo su control, directo o indirecto".
- 9 Este Decreto expone los requisitos necesarios para un programa de *compliance*, como la elaboración de códigos de ética corporativos aplicables a todos los que se encuentran en la cadena comercial de la empresa.
- 10 Según el Código Penal de España: "En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que

Código Penal español; el artículo 7º, 2, 4, del Decreto 231, de 8 de junio de 2001, o el Memorandum Holder<sup>11</sup>, en los Estados Unidos. En el área internacional, también se dispone de instrumentos jurídicos que impulsan la responsabilidad social de empresas. Como los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios *Ruggie*)<sup>12</sup>, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, de la Organización Internacional del Trabajo<sup>13</sup>, o las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Además, es creciente el número de acuerdos regionales sobre comercio internacional notificados a la Organización Mundial del Comercio que contiene cláusulas sobre responsabilidad social de las corporaciones<sup>14</sup>.

Estos instrumentos normativos confirman la preferencia de Estados y organizaciones internacionales por formas de autorregulación, en los que se atribuyen la responsabilidad y capacidades a las personas jurídicas para que reglamenten su propio espacio de actividad. No se exige, sin embargo, a los Estados de su tarea natural, sino que se agregan entidades privadas para esta labor. Los Estados cambian de perspectiva, de legisladores para supervisores del cumplimiento de reglas establecidas por otras entidades.

La incorporación de los Derechos Humanos y fundamentales en las actividades ejercidas por empresas es, aún, una incertidumbre. Los tribunales domésticos recién empezaron a fallar sobre la vinculación de las personas jurídicas al respeto y promoción de estos derechos<sup>15</sup>. En los tribunales internacionales, sin embargo, prevalece la horizontalidad de los Derechos Humanos y fundamentales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva n.º 18/2003, afirmó la obligación

sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

- 11 El *Memorandum Holder* requiere que los fiscales federales consideren factores como “la existencia y adecuación de un programa de compliance de la empresa” en la investigación de eventuales daños provocados por la compañía.
- 12 Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, UNDOCS A/HRC/8/5, de 7 de Abril de 2008.
- 13 Adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977) y enmendada en sus 279ª (noviembre de 2000), 295ª (marzo de 2006) y 329ª (marzo de 2017) reuniones.
- 14 Se evalúa que “un análisis detallado de 579 RTA [acuerdos regionales sobre comercio], incluso 305 acuerdos actualmente vigentes y notificados a la OMC (hasta 20 de diciembre de 2020), se revela que un número limitado pero creciente de acuerdos, particularmente 65 incluyen, al menos una cláusula mencionando la responsabilidad social de las empresas. Además del creciente número de RTAs conteniendo cláusulas de responsabilidad social, el número de cláusulas detalladas aumentó en los últimos cinco años” (Monteiro, 2021, p. 2).
- 15 En los Estados Unidos, en *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018), la Suprema Corte consideró que forzar un confitero a vender tortas para una pareja homosexual violaría su libertad de expresión.

de respeto a los derechos fundamentales internacionales, no solo por Estados, sino, también por personas jurídicas<sup>16</sup>.

Los instrumentos referidos arriba y los precedentes judiciales como el precitado representan el consenso de Estados y organizaciones internacionales, no solo sobre la responsabilidad de empresas en el cumplimiento de los Derechos Humanos y sociales, sino sobre la consolidación del papel que juegan las compañías, primordialmente transnacionales, en la búsqueda por el desarrollo. Esto resulta del esfuerzo del pasado; el futuro requerirá atribuir fuerza a estos instrumentos internacionales. Hoy en día, impera la voluntariedad en la adopción de programas de *compliance* y del cumplimiento de los acuerdos mencionados por parte de personas privadas.

### PROGRAMAS DE COMPLIANCE Y LA OBLIGATORIEDAD DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA CORPORATIVOS

El *compliance* ganó gran repercusión en los debates jurídicos y políticos actuales. El interés principal para su empleo y estudio son los graves ilícitos cometidos por empresas transnacionales, esencialmente, la degradación al medioambiente o la corrupción. Esta herramienta empresarial se destina a la consolidación de la fiscalización y observación de normas exigidas, sea por las legislaciones domésticas o internacionales. Se trata de un medio por el cual "las compañías adaptan sus comportamientos según normas legales, regulatorias o sociales" (Griffith, 2016, p. 2076), es decir, palabras, se presenta como el "proceso por lo cual una organización aspira asegurar que empleados u otros funcionarios se sometan a las normas" (Miller, 2014, p. 3).

El fundamento, no obstante, no es inédito. El Derecho, *per se*, exige el cumplimiento de las obligaciones prescritas. En Brasil, el artículo 3º, de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (LINDB), no admite la excusa del cumplimiento de una regla bajo la justificación de su desconocimiento<sup>17</sup>. Lo que difiere en los programas de *compliance* es la seguridad de la aplicación horizontal de los Derechos Humanos y fundamentales; no obstante, se observa la dependencia de la aquiescencia de las compañías y, por consiguiente, arriesga la aptitud para la protección de valores fundamentales y políticas primordiales. Este artículo, por lo tanto, pretende contestar a la pregunta de cómo asegurar que la regulación por códigos de ética corporativos de empresas transnacionales viabilice la tutela de derechos primordiales y promueva el desarrollo.

- 16 Según la opinión de la Corte: "En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares".
- 17 El artículo 3º, de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, expone que "Nadie se excusa del cumplimiento de la ley argumentando que no la conoce".

En la formación del capitalismo moderno, la determinación de la personalidad jurídica, la limitación de la responsabilidad, y la posibilidad de transferir cuotas, eran suficientes para la consolidación del desarrollo. Inicialmente, los cambios apoyados por el Derecho se orientaban alrededor de la autonomía de la voluntad, con miras a "identificar reglas que derivan del consenso en favor del objetivo de realización individual" (Kennedy, 2006 p. 26). El Derecho se resumía en la certeza de los contratos y de la propiedad. Su apogeo siguió decisiones como *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), que falló inconstitucional la restricción de la jornada de trabajo por una ley, porque se opondría a la autonomía privada de las partes. Se presumía, en definitiva, que "el movimiento de las sociedades progresistas ha sido, hasta ahora, un movimiento del status al contrato" (Maine, 1963).

El proceso histórico, no obstante, maduró el concepto de desarrollo, que no solo se limitaría al sector económico, sino que, además, abarcaría la política, derechos de segunda y tercera generación y la propia democracia. Idéntica transformación se percibe en las empresas. Si en el pasado, la delimitación de las actividades ejecutadas por las empresas bastaba para concebir su tutela jurídica, actualmente se debe considerar su organización, que no se limita a la asociación de personas naturales, así como el poder desempeñado, que transpone los límites estatales e influencia la gobernanza global. La conquista del comercio internacional libertó, definitivamente, a las empresas de las amarras estatales, consolidó la economía y la producción de riquezas, pero, no importa un reflejo de la garantía de desarrollo.

Empresas transnacionales son protagonistas de actuaciones contradictorias. Por un lado, algunas son responsables de graves violaciones de Derechos Humanos y fundamentales, ofensa a la moralidad de la Administración pública, degradación al medioambiente, explotación de mano de obra esclava, o, aun, concentraciones y violaciones de la libre competencia. Por otro lado, las empresas son incentivadas, sea por los Estados o por organizaciones internacionales, a la promoción de la tutela de estos mismos derechos que deberían observar. Se imputa a las compañías, conforme los Principios *Ruggie*, el deber de "abstenerse de violar los derechos humanos", así como "enfrentar los impactos adversos en los derechos humanos con los cuales tengan alguna relación"<sup>18</sup>.

Esta paradoja es consecuencia del poder ejercido por compañías transnacionales. En la dinámica global, estas personas jurídicas actúan como "tomadores de decisiones en paralelo a los estados, no necesariamente, como iguales, pero, con una fuerza independiente, persiguiendo objetivos independientes" (Vagts, 1969-1970, p. 757). Como respuesta a este desequilibrio de poder surgen herramientas como programas de *compliance* y la implementación de códigos de ética.

El *compliance* se destaca como el principal mecanismo empleado para atribuir a las compañías transnacionales el encargo de la observación de normas jurídicas, como un

18 Se trata del Principio 11. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, UNDOCS A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008.

“proceso por lo cual una organización policia su propio comportamiento para asegurar que esté conforme a las reglas aplicables” (Miller, 2017, p. 31). El Derecho Público y Privado se mezclan, conformándose “un sistema de autocontrol privado para fines públicos” (Sundfeld, 2016, p. 1). Esta herramienta no solo contribuye a la atenuación de riesgos para la actividad empresarial, en la traducción de leyes y reglamentos en un lenguaje accesible a los empleados, sino que asiste a la consolidación de la horizontalidad de los derechos fundamentales. Si el *compliance* representa un esbozo de la responsabilidad empresarial para el desarrollo, los códigos de ética son potenciales respuestas.

Los códigos corporativos, aunque fundamentales para el éxito de los programas de *compliance*, dependen, también, de la aquiescencia de las compañías. En realidad, se trata de “compromisos adoptados por una empresa, o un grupo empresarial privado, unidos en un solo documento, denominado, indiferentemente, de código, carta o guía, que tienen como característica su obligatoriedad formal” (Racine, 1996, p. 410). Ellos suelen postular más que los deberes de la organización privada, puesto que se identifican como verdaderas “guías que visan describir las responsabilidades de las empresas en dominios como los derechos humanos, trabajo, el medio ambiente y negocios socialmente conscientes, en general” (Smits, 2015, p. 4).

Por ocuparse de los mismos temas que una constitución nacional, hay autores que señalan que las “empresas transnacionales se volvieron las verdaderas autoridades constitucionales, porque son ellas [las] que instituyen códigos a través de declaraciones públicas de auto reglamentación” (Teubner, 2016, p. 226). Estos códigos, en concreto, reflejan la imposibilidad del Estado en abarcar la disciplina de todas las vicisitudes de la vida<sup>19</sup>. Aunque parezca demasiado comparar un código corporativo con una Constitución, estos instrumentos disciplinan no solo las relaciones intra-empresariales, sino toda la cadena productiva en la cual actúa la compañía.

El esfuerzo internacional a la adopción de programas de *compliance* y, por consiguiente, de códigos de ética, no obstante, colisiona con su carácter voluntario. Los instrumentos jurídicos mencionados en este capítulo idealizaron un modelo de autorregulación, en lo cual las propias compañías disciplinarían su entorno comercial. Sin embargo, prevalece, hoy en día, la concepción de que estas herramientas corporativas son voluntarias, dependientes de la aquiescencia de las personas jurídicas. La academia y la jurisprudencia no son unánimes sobre este tema. Aunque gran parte de eruditos idealice los códigos corporativos como instrumentos vinculantes, los

19 Es relevante la observación de Marie-Anne Frison-Roche (2016) sobre la elaboración de códigos de ética corporativos como la internalización de valores y objetivos que los Estados son incapaces de cumplir. Importa, en particular, la transferencia de obligaciones que son consideradas monumentales. Conforme a la autora, el *compliance* “es la expresión de la voluntad de los poderes públicos de imponer reglas que ellos mismos no tienen fuerza de asegurar la eficacia; legisladores o reguladores públicos adoptan normas que, podríamos considerar ‘monumentales’, su objetivo es inmenso, por ejemplo, el término de la corrupción, el fin del comercio con países que estiman indignos (embargo), o el fin del terrorismo. Son los males globales. El *compliance*, por lo tanto, es la internalización mundial de una regulación pública local en las empresas” (p. 1.872).

tribunales estatales divergen, exponiendo que estos códigos son ejemplos de un libro que contiene "extravagancias", como se falló en *Singh v. Cigna Corp.*, n.º 17-3484-cv (2d Cir. 2019) (p.11).

La pregunta de este artículo consiste en la indagación sobre cómo asegurar que la autorregulación por códigos de ética de empresas transnacionales posibilite la tutela de derechos fundamentales y, por consiguiente, promuevan el desarrollo, en diferentes términos, cómo tornar estos códigos vinculantes.

#### EL EMPLEO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMO MEDIO PARA SUPERAR LA VOLUNTARIEDAD DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA CORPORATIVOS

En este artículo se postula que el carácter reglamentario de los códigos corporativos auxiliaría al desarrollo, por considerar como actores fundamentales en la gobernanza global, las empresas, en conjunto a los Estados y organizaciones internacionales. Se consolidaría, en consecuencia, el trato horizontal, incentivado por instrumentos jurídicos, domésticos e internacionales. La aptitud reglamentaria de los códigos solo se daría con auxilio del Derecho Internacional Privado<sup>20</sup>. Se postula que la disciplina internacional jusprivatista actuaría, en el ámbito macrodimensional, al conferir a los códigos la juridicidad necesaria para su vinculación, y, después, en dominio microdimensional, para solucionar conflictos entre sus disposiciones o frente a las legislaciones domésticas. Además, la rama disciplinaria internacional jusprivatista serviría mejor a este propósito cuando empleara principios, en detrimento de reglas o leyes específicas. Inquirir, por consiguiente, sobre el espíritu reglamentario de los códigos de ética es, en definitiva, investigar el potencial reglamentario del DIPr para empresas transnacionales.

La disciplina internacional jusprivatista traspasa el dominio de la técnica. El DIPr, todavía, estuvo, por mucho tiempo, ausente de los debates sobre el desarrollo y restringido al cumplimiento de tareas mecánicas, fundadas en sus reglas de sobrederecho de colisión que buscan solucionar conflictos entre normas atemporales, espaciales" (Dolinger, 2008, p. 24), despojadas de contenido sustancial, puesto que "no ofrece ninguna solución inmediata para una disputa particular, pero, opera indirectamente y solo apunta el sistema jurídico que proveerá las reglas aplicables para determinar la cuestión pertinente" (Lipstein, 1981, p. 2). El DIPr, por consiguiente, "no sería un instrumento al servicio de cualquier política (en este caso la que permitiera la realización de la justicia), pero más una ordenación que busca funciones de simple policía", esto es, "de control de los ámbitos de aplicación de varios ordenes jurídicas" (Ramos, 1994, p. 98). Hay, incluso, autores que sostienen su total inutilidad: "estaríamos mejor sin el derecho internacional privado" (Currie, 1990, p. 183). Es necesario restablecer la disciplina y sacarla del olvido académico.

20 De ahora en adelante, se referirá al Derecho Internacional Privado a partir de la abreviatura DIP.

El potencial regulador del DIPr, sin embargo, no puede ser menospreciado. Si la distribución de atribuciones y la definición de la jurisdicción competente son algunos de sus temas. El DIPr "debidamente comprendido, es sobre la determinación de la distribución más 'justa' de autoridad reguladora" (Mills, 2009, p. 18), o sea, la disciplina es responsable por la distribución de poder entre diferentes Estados. No se trata de simple herramienta destinada a realizar tareas mecánicas<sup>21</sup>, sino, considerar que "la división de la autoridad realizada por las reglas de derecho internacional privado constituye un método de ordenanza internacional" (Mills, 2009, p. 18). La determinación del Derecho sustantivo aplicable y la definición de la jurisdicción adecuada para adjudicar un litigio es, en verdad, la delimitación de la soberanía. Como no solo es Derecho estatal detiene el monopolio de norma jurídica actualmente –los códigos de ética de las compañías son ejemplos–, el DIPr, por lo tanto, debe orientarse como "una herramienta de gobernanza, proyectada para gestionar el pluralismo jurídico" (Watt, 2006, p. 566).

El cambio de paradigmas sobre la concepción del DIPr revela su aptitud para mediar más que conflictos de orden espacial en relaciones privadas, pero, también, para la solución de conflictos entre diferentes entidades u órdenes normativas, como entre empresas transnacionales y Estados, entre leyes domésticas y normas de naturaleza privada.

La abstracción de los argumentos requiere mayor razonamiento en ejemplos concretos. En la decisión *Nike v. Kasky*, 539 U.S. 654 (2003), un ciudadano del Estado de California litigaba contra una empresa transnacional por eventuales daños ocurridos fuera del territorio norteamericano, foro del juicio<sup>22</sup>. Se alegaba que la empresa habría utilizado nueve documentos, como mensajes en su sitio internet o su código de ética, para difundir el falso esmero en el combate a la mano de obra esclava. Además, se postulaba que la divulgación de estas informaciones inverosímiles violaría la libre competencia. Aunque el litigio nunca conoció una sentencia –las partes acordaron una solución– sus hechos sirven para examinar la tesis propuesta en este artículo.

- 21 Es importante la crítica de Rui Manuel Gens de Moura Ramos (1994). El autor expone que "continuaría, no obstante, el DIP a reglamentar en abstracto el alcance personal y territorial de las leyes, obedeciendo a principios propios, atemporales, que escapan al ámbito de las disputas sobre los mejores medios para conseguir lo justo y alcanzar el bien común, e, igualmente, las incidencias de estas para la modelación de las sociedades civiles postuladas tanto por el derecho público como por el derecho privado" (p. 99). El carácter neutral de la asignatura llevó Werner Goldschmidt a concebir el DIP como el Derecho de la "tolerancia". Conforme el autor "el Derecho Internacional Privado (DIPr.) es el conjunto de casos jusprivatistas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descritos caos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético-judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero" (Goldschmidt, 2009, p. 3); "la justicia exige, por ende, el respeto al carácter extranjero de un caso" (Goldschmidt, 2009, p. 11), la asignatura, por lo tanto, "tolera" la aplicación de Derecho extranjero.
- 22 La legislación procesal del Estado de California autoriza a personas naturales a pleitear la tutela de derecho ajeno en su propio nombre, como si fueran "fiscales privados". Se refiere al *California Business & Professional Code*, §§ 17200, 17204, 17500, 17535. Esta facultad es prohibida en otras legislaciones procesales, como la brasileña, según el artículo 18, del Código de Proceso Civil.

En primer lugar, un código corporativo no se restringe al ámbito interno de una empresa. Incluido en contratos con proveedores o empleados, el instrumento servirá para reglar toda la cadena productiva de la compañía, y, por consiguiente, la promoción de los Derechos Humanos y fundamentales, esenciales para el desarrollo. Esta institución presenta, en síntesis, el potencial de extender la tutela de estos derechos a territorios donde impera la negligencia en la protección, o, mismo, inexistan. No obstante, como en *Nike v. Kasky*, se debe, inicialmente, considerarlos vinculantes, como parte del Derecho duro (*hard law*) y no como un simple ejemplo de *soft law*, Derecho blando. Esta es la contribución del DIPr.

En *Nike v. Kasky*, el DIPr, además de determinar el Derecho aplicable y validar la prevención de la jurisdicción norteamericana, conferiría la juridicidad al código corporativo. A través de herramientas como la calificación<sup>23</sup>, se interpretarían los hechos conforme la legislación disponible y se clasificarían como instituciones jurídicas familiares al foro. No se trata de simple traducción, pero el punto de partida del razonamiento internacional jusprivatista, o sea, la interpretación de hechos y de normas jurídicas para la determinación de cuál categoría jurídica pertenece el instituto en análisis, y, en continuación, aplicar eventual derecho extranjero. Se aboga en este artículo que se considere principios, en detrimento de reglas o leyes específicas para realizar esta tarea.

La ponderación sobre la elección entre reglas y principios no es vana, aunque parezca un mero "ejercicio en las mecánicas formalistas de una dialéctica que no camina para lugar ninguno" (Schlag, 1985, p. 21). En el razonamiento sobre los costes y los beneficios de esta opción. Usualmente, "reglas cuestan más para promulgar; los estándares [principios] cuestan más para ejecutar" (Kaplow, 1992, p. 577). Los legisladores, cuando optan por la promulgación de una ley o regla específica, suelen considerar una serie de factores, además de la conveniencia política, como cuestiones técnicas sobre el objeto de la ley, o sobre su compatibilidad frente a la Constitución. Los costes de los principios, todavía, incurren en los magistrados o árbitros responsables de interpretarlos, aunque "permite la disminución de errores de sub o sobreestimación al conferir al magistrado mayor discrecionalidad" (Sullivan, 1992, pp. 58-59). Principios, además de crear "las premisas de todo un sistema", "señalan verdades: verdades objetivas, derivadas de la ley divina y de la ley natural" y operan como "formulaciones pertenecientes al mundo de deber ser" (Díez-Picazo, 1983, p. 1.268).

23 Werner Goldschmidt (2009) enseña que la calificación "consiste en la búsqueda del ordenamiento normativo que nos indica el alcance de los términos de la norma indirecta o bien el método que habrá de seguirse para hallar el encuadramiento conceptual de una situación. La calificación de los términos de una norma, o de un problema o de un aspecto de un problema pueden provenir del legislador o del juez. Si el legislador nacional o internacional da una respuesta hecha a la medida del DIPr., no hallamos ante las calificaciones autárquicas-legislativas" (p. 180). Symeon Symeonides, Peter Hay y Patrick J. Borchers señalan que "un paso inicial envuelve la calificación del asunto del caso o cuestiones del caso (ej., ilícitos civiles o contrato, inmunidad conyugal como originarias de la responsabilidad civil extracontractual o del derecho de familia), la cuestión, y si la cuestión versa sobre un problema de derecho procesal o sustancial" (Symeonides *et al.*, 2010, p. 144).

Así, por ejemplo, conducir un coche cuidadosamente, u observar la moralidad en la conducción de los hechos administrativos son ejemplos de principios. Se caracterizan por la generalidad y la abstracción, en comparación con las leyes o reglas que exigen precisión y hechos concretos.

En el fallo *Nike v Kasky* se puede probar la tesis abogada. Si el DIPr norteamericano o algún tratado internacional estableciera alguna regla objetiva, compeliendo al magistrado a interpretar los códigos de ética corporativos de forma fija (una calificación autárquica), no se podrían concebir según las exigencias del contexto. Así, por ejemplo, si el tratado internacional determinara que los códigos corporativos son guías programáticas, no sería posible calificarlos como contratos o un ilícito civil (responsabilidad civil extracontractual). El magistrado o el árbitro estarían cautivos del mandamiento del tratado internacional o de la ley doméstica. Recurriéndose a los principios, sin embargo, se permite calificar los códigos de ética como contratos<sup>24</sup>, como alguna manifestación de responsabilidad civil extracontractual, como declaración unilateral de la voluntad, o, incluso, como inherente a una relación de consumo<sup>25</sup>. La pluralidad de posibilidades solo existe cuando se recurre al proceso de calificación, propio del DIPr. La aptitud reguladora de estos códigos corporativos, o sea, la capacidad de corregir fallas de mercado se perfecciona cuando la asignatura internacional jusprivatista es amparada por principios. El empleo macro dimensional del DIPr, por lo tanto, busca la atribución de juridicidad a los códigos de ética empresariales que, actualmente, no traspasan la frontera del *soft law*.

- 24 En *Doe v. Wal-Mart Stores Inc.*, No. 08-55706 (9<sup>th</sup> Cir. 2009), los autores, empleados de compañías localizadas en China, Bangladesh, Suazilandia y Nicaragua, pleiteaban la reparación civil por daños originarios de la negligencia de la empresa norteamericana. Los autores trabajaban en suministradoras de la compañía norteamericana. Argumentaban que la corporación REA había asentido al deber de monitorear las condiciones de trabajo en los espacios pertenecientes de las empresas suministradoras en su código de ética. El fundamento era la extensión de una obligación acordada entre una empresa y sus suministradoras para los empleados de estas últimas. El intento de calificar los fundamentos de la demanda como obligaciones contractuales (contrato de trabajo) no prosperó: un contrato obliga solamente a sus partes, como requiere el principio de la relatividad. Según la Suprema Corte, el lenguaje del código corporativo "no establece un deber, por la parte de Wal-Mart, de monitorear los suministradores y no confiere a los autores una causa de pedir contra Wal-Mart, como terceros beneficiarios. [...] El lenguaje y estructura del acuerdo demuestra que Wal-Mart se reservó el derecho de inspeccionar los suministradores, pero, no adoptó un deber de inspeccionarlos. Porque, como vimos, en los contratos de suministradores, Wal-Mart no hizo ninguna promesa para monitorear los suministradores, ninguna promesa flui a los autores como terceros beneficiarios" (p. 8619). Aunque no logró calificar las obligaciones como un contrato, se cuestiona si habría otro resultado si calificara la causa de pedir como manifestación de responsabilidad civil extracontractual o como declaración unilateral de la voluntad.
- 25 En Brasil, la legislación sobre consumidores es amplia y permitiría calificar una serie de hechos como una relación de consumo. Contaminación ambiental, como en el Recurso Especial n. 1.354.348-RS, de 26 de agosto de 2014, daños a un transeúnte provocados por un robo en el interior de una agencia bancaria (Recurso Especial n.º 1.098.236-RJ, de 24 de junio de 2014), o, en transvase de gas de un establecimiento comercial (Recurso Especial n.º 1370139-SP) son ejemplos de relaciones de consumo.

El DIPr puede ser, también, empleado en el ámbito microdimensional, en la profilaxis o solución de conflictos entre diferentes códigos de ética o frente a las legislaciones estatales. Por conducir la tutela de derechos fundamentales de un Estado a otro, las disposiciones éticas de las compañías, inevitablemente, colisionarán con normas domésticas o con códigos de *compliance* de otras empresas en el foro donde ejerza su actividad comercial. Aunque la globalización haya contribuido para la formación de cierta armonía legislativa entre los Estados, inexistente armonía o unificación total de las leyes privadas nacionales. En el sector comercial, la formación de los contratos, la transmisión de propiedad o la consolidación de *trusts* son algunos ejemplos. Por lo tanto, no son verosímiles expresiones clásicas del Derecho comparado como la que sostiene que “el sistema jurídico de toda sociedad afronta, esencialmente, los mismos problemas, y los soluciona por medios muy diferentes, pero, son resultados similares” (Zweigert *et al.*, 1998, p. 34). Sistemas jurídicos, en realidad, no siempre suelen alcanzar los mismos resultados, sea el tema del Derecho privado o para las disposiciones del Derecho público, donde ética, garantía y respeto son conceptos multívocos, objeto de infinitas interpretaciones.

En algunos países del golfo, por ejemplo<sup>26</sup>, está en vigor el deber de que un nacional se responsabilice por la permanencia de un empleado migrante. La exigencia de este *kafeel* contraría la mayoría de las disposiciones salvaguardadas por los Derechos Humanos, que requieren una protección mínima, no que un nacional decida el destino de un trabajador extranjero. Se aboga en este artículo que un código corporativo podría mitigar los riesgos de incumplimiento de las disposiciones del local de sede o local de incorporación (usualmente, países occidentales). Los principios del DIPr, como la aplicación de la norma que más ventajas ofrezca al empleado o, aun, la autonomía de la voluntad, dan la facultad al trabajador de elegir el sistema jurídico que más le apetezca, para solucionar la necesidad de *kafeel*. Una regla, en cambio, exigiría informaciones sobre el Derecho extranjero que la empresa no posee, o, incluso, costarle la permanencia de su filial, por colisionar con las normas del ordenamiento doméstico. Se trata de la manifestación microdimensional del DIPr, que serviría de puente entre sistemas jurídicos nacionales y las normas privadas, elaboradas por las compañías transnacionales.

## LA COMPARACIÓN DE LA TESIS FRENTE A LAS RESPUESTAS ACTUALES

La adopción de la tesis sostenida en este artículo ofrece varias ventajas comparadas con las respuestas existentes sobre el carácter vinculante de los códigos corporativos. En primer lugar, la atribución de jurisdicción a los códigos de ética corporativos permite que las empresas, junto con los Estados, contribuyan al desarrollo económico, político y social. Se trata de una iniciativa horizontal, en contradicción a las tradicionales diligencias verticales de los Estados y organizaciones internacionales. Se consolida,

26 Qatar abolió la exigencia de *kafala* en su Ley n.º 15, de 22 de agosto de 2017.

por lo tanto, la horizontalidad de los derechos fundamentales, y el consenso de innumerables instrumentos internacionales y domésticos mencionados en este texto.

En segundo lugar, el empleo de herramientas internacionales jusprivatistas, como la calificación, confiere contenido jurídico al vacío de un sinnúmero de instrumentos normativos internacionales<sup>27</sup>. Tradicionalmente, la adopción de programas de *compliance* y de sus códigos de ética es voluntaria. Aunque los tratados internacionales y guías programáticas fomenten la adopción de estos códigos de ética, inexisten sanciones frente al incumplimiento. Se podría argüir la posibilidad de elaboración de una ley o tratado internacional o, incluso, la labor de la doctrina como intento de armonización en este sector. El primero, sin embargo, es costoso y sujeto a la aquiescencia de Estados con intereses muy diferentes. A continuación, la posibilidad de unificación o armonización del Derecho sobre este tema amenazaría la pluralidad en que el DIPr ofrece. Finalmente, el esmero de la academia, dedicada a múltiples tareas como "describir el derecho existente (la *lex lata*) en determinado sector" (Smits, 2015, p. 8), a "la búsqueda por soluciones prácticas que mejor se adaptan al sistema existente" (Smits, 2015, p. 10) y la justificación de una regla, es un proceso lento y no recibe la igual atención en todos los sistemas jurídicos. En algunos Derechos estatales, la doctrina es secundaria en la interpretación de una norma, o mismo ignorada. Resta el empleo de la tesis sostenida en este artículo.

En tercer lugar, la necesidad de adopción de programas de *compliance* y de códigos de ética se tornó recurrente en muchos ordenamientos jurídicos. Una empresa transnacional debe considerar las exigencias de varias leyes y reglamentos, muchos contradictorios. La respuesta jurídica actual es la negligencia, señalando que los códigos de ética no son vinculantes y, por consiguiente, no pasarían de mera "extravagancia"<sup>28</sup>. La tesis presentada en este artículo permite la incorporación de los principios del DIPr en los códigos corporativos como un remedio a las eventuales divergencias normativas. Frente a los conflictos entre las normas de un código empresarial o delante de otros códigos, los principios como la regla más ventajosa o la autonomía privada auxiliarían la búsqueda por una solución, sin la necesidad perniciosa de abrogación de la ley o del código de la compañía.

El contencioso transnacional de los Derechos Humanos<sup>29</sup> o normas de jurisdicción exorbitante no lograron responsabilizar a las compañías transnacionales por la

27 Katia Fach Gómez (2015) señala que "el arbitraje internacional encaja, fácilmente, en una concepción global de derecho, dado que la globalización creó instrumentos informales nuevos de regulación y se argumenta que el arbitraje es una herramienta eficiente para cumplirlos" (p. 2). En este artículo se busca extender estos beneficios de la aplicación de normas privadas en la adjudicación de litigios en la justicia doméstica o, aun, en el proceso de solución de conflictos por compañías transnacionales.

28 Palabra utilizada en *Singh v. Cigna Corp.*, 2019 WL 102597 (2d Cir. March 5, 2019).

29 El contencioso transnacional sobre Derechos Humanos se refiere al "conjunto de demandas judiciales relativas a violaciones de los derechos humanos o del derecho humanitario que poseen, por particularidad, ser llevadas frente a una o varias jurisdicciones nacionales, extranjeras al Estado donde los hechos probables fueron cometidos o los daños causados" (Frydman *et al.*, 2009, p. 74).

violación de normas importantes al desarrollo en estos litigios. La simple exposición al público de los hechos ilícitos cometidos no es equivalente a una sentencia judicial. Esta investigación presenta, no obstante, una alternativa: que instrumentos privados, como empresas transnacionales, códigos de ética y el DIPr sean empleados para la tutela de estos derechos esenciales.

El empleo de las herramientas del DIPr, además, ofrece una oportunidad razonable para que las compañías transnacionales se aprovisionen de instrumentos eficaces para la protección de derechos fundamentales y humanos en sus códigos de ética. Disposiciones de la disciplina jusprivatista internacional en las codificaciones empresariales auxilia a las compañías a la disminución de los costes para la prevención y solución de litigios.

## CONCLUSIÓN

La labor del Derecho Económico del pasado postuló un cambio de paradigmas en la concepción del desarrollo, que no más se limitaría al progreso económico, sino que alcanzaría la protección de los Derechos Humanos y fundamentales, no solo por acciones de Estados u organizaciones internacionales, pero, agregaría, también, a las personas morales. El resultado es observado en la elaboración de inúmeros diplomas jurídicos que incitan las empresas a la tutela de estos valores y a la adopción de programas de *compliance* y, por consiguiente, de códigos de ética. Esta fue la contribución jurídica y académica del pasado. Para el futuro se impone tornarlos concretos y vinculantes.

La principal dificultad de los programas de *compliance* y de sus códigos de ética es el carácter voluntario, es decir, la dependencia de la aquiescencia de las personas morales. Este artículo sostiene una tesis diferente de las respuestas existentes: el empleo del DIPr como puente entre códigos de ética y el Derecho duro. En primer lugar, se aboga por el empleo de la disciplina jusprivatista internacional, en el ámbito macrodimensional, con intuito de atribuir a estos códigos la vinculación jurídica conforme un instituto jurídico familiar al foro, permitiría calificarlos como un contrato, una fuente de responsabilidad civil extracontractual, una declaración unilateral de la voluntad o una relación de consumo, conceptos familiares en el foro. Aunque esta calificación no sea inédita, el recurso a la disciplina internacional jusprivatista permite la elección en la pluralidad de conceptos, diferente si hubiera una ley doméstica o un tratado internacional que impusiera una interpretación específica sobre los códigos de ética de las compañías.

El DIPr, en seguida, operaría en el ámbito microdimensional, para la solución de conflictos entre códigos de ética distintos o frente a las legislaciones domésticas. Los principios de esta disciplina jurídica poseen la aptitud para la respuesta entre el vacío jurídico entre diplomas internacionales sobre la responsabilidad social de las

empresas y la efectividad jurídica. El DIPr, en definitiva, traspasa los límites entre el Derecho público y privado, supera las fronteras entre lo doméstico y lo internacional, y atraviesa la naturaleza de Derecho duro y el *soft law*. Su actuación no se restringirá al arbitraje, donde la aplicación de normas de naturaleza privada ya es una realidad recurrente.

El DIPr atribuye la juridicidad a los códigos corporativos al vestirles con estructura jurídica familiar a los ordenamientos domésticos, sin que se necesite de nuevas leyes o tratados o la labor creativa de la doctrina. Se concretiza, en definitiva, el esfuerzo de los diplomas internacionales y domésticos, fruto de iniciativas pasadas. La disciplina internacional jusprivatista se presenta como una respuesta al futuro del Derecho Económico Internacional.

## REFERENCIAS

- Alston, Philip (1980). *The Right to Development at the International Level*. [book auth.] Académie de Droit International de la Haye. *Colloques/Workshop Series, The Hague Academy of International Law*. Leiden: Brill–Nijhoff.
- Currie, Breinard (1990). *Selected Essays on the Conflict of LAws*. Buffalo, NY : William S. Hein & Co., Inc., 1990. 0-89941-700-0.
- Díez-Picazo, Luis (1983). Los principios generales del Derecho en el pensamiento de Federico de Castro. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 36, 4.
- Dolinger, Jacob (2008). *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar. ISBN: 978-857147-691-2.
- Frison-Roche, Marie Anne and Bonfils, Sébastien (2005). *Les Grandes Questions du Droit Économique: Introduction et Documents*. Paris : Presses Universitaires de France. 213054309-X.
- Frison-Roche, Marie Anne (2016). Le Droit de la Compliance. *Recueil Dalloz*. 29 set., 2016, 32.
- Frydman, Benoit and Hennebel, Ludovic (2009). Le Contentieux Transnational des Droits de l'Homme: une analyse stratégique. *Revue Trimestrale des Droits de l'Homme*, Vol. 77.
- Goldschmidt, Werner (2009). *Derecho Internacional Privado: Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría pluralista del mundo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. ISBN: 978-950-20-1858-4.
- Gómez, Katia Fach (2015). Enforcing Global Law: International Arbitration and Informal Regulatory Instruments. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. Vol. 47, 1.
- Griffith, Sean J. (2016). Corporate governance in an era of compliance. *William and Mary Law Review*. 6, Vol. 57.
- Griffith, Sean (2016). Corporate governance in an era of compliance. *William and Mary Law Review*. Vol. 57, 6.
- Kaplow, Lewis (1992). Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*. Vol. 42, 3.
- Kennedy, David (2006). The "Rule of Law", Political Choices, and Development Common Sense. [book auth.] David M. Trubek and Alvaro Santos. *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Nueva York: Cambridge University Press.

- Kennedy, Duncan (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. In: Trubek, David M.; Santos, Alvaro. *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. [book auth.] David M. Trubek and Alvaro Santos. *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*. Nueva York : Cambridge University Press.
- Lessig, Lawrence (1998). The New Chicago School. *The Journal of Legal Studies*. Junio, 1998, Vol. 27, S2.
- Lipstein, Kurt (1981). *Principles of the Conflict of Laws: National and International*. Haya : Martinus Nijhoff Publishers. 90-247-2544-5.
- Maine, Henry S. (1963). *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. Boston: Beacon Press.
- Miller, Geoffrey P. (2014). The compliance function: an overview. *NYU Center for Law, Economics and Organization Law and Economics Research Paper Series, Working Paper* . 14-36, Vol. 1.
- Miller, Geoffrey P. (2017). *The Law of Governance, Risk Management, and Compliance*. Frederick, MD: Wolters Kluwer.
- Mills, Alex (2009). *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*. Nueva York : Cambridge University Press. ISBN 978-0-521-73130-0.
- Monteiro, José Antonio (2021). Buena Vista Social Corporate Responsibility Provisions in Regional Trade Agreements. *World Trade Organization—Staff Working Paper* . Marzo, 2021, Vols. ERSD-2021-11.
- Racine, Jean-Batiste (1996). La valeur juridique des codes de conduite privées dans le domaine de l'environnement. *Revue Juridique de l'Environnement*. Vol. 14.
- Ramos, Rui Manuel Gens de Moura (1994). *Direito Internacional Privado e Constituição: Introdução a uma Análise das suas Relações*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada.
- Schlag, Pierre (1985). Rules and Standards. *UCLA Law Review*. Diciembre, Vol. 33.
- Sitaraman, Ganesh (2019). *The Great Democracy: How to Fix Our Politics, Unrig the Economy, and Unite America*. Nueva York : Basic Books. 978-1-5416-1810-7.
- Smits, Jan (2015). Eforcing corporate social responsibility codes under private law. *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*. Vol. 2015/09.
- Smits, Jan M. (2015). What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n. 2015/06*. Setiembre, 2015, Vol. 06.
- Sullivan, Kathleen (1992). Forward: the justice of rules and standards. *Harvard Law Review*. Nov., 1992, Vol. 106, 1.
- Sundfeld, Carlos Ari (2016). Compliance: uma reflexão sobre os sistemas de controle nos setores público e privado. *Cadernos FGV Projetos*. 11, Vol. 28.
- Symeonides, Symeon C.; Hay, Peter, & Borchers, Patrick J. (2010). *Conflict of Laws*. Saint Paul, MN : West Publishing, Co. ISBN: 978-0-314-9116-5.
- Teubner, Gunther (2016). Corporate codes in the varieties of capitalism: how their enforcement depends upon difference between production regimes. *Indiana Journal of International Law*. Vol. 22.

- Trubek, David M., & Santos, Alvaro (2006). Introduction: The Third Movement in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice. *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Vagts, Detlev (1969-1970). The Multinational Enterprise: a challenge for transnational law. *Harvard Law Review*. Vol. 83.
- Watt, Horatia Muir (2006). Private International Law. [book auth.] Jan M. Smits. *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Inc.
- Weber, Max (1950). *General Economic History*. [trans.] Frank H. Knight. Glencoe, Illinois: The Free Press.
- Zweigert, Konrad, & Kötz, Hein (1998). *An Introduction to Comparative Law*. Nueva York : Cambridge University Press.