

# LOS ACTORES NO ESTATALES INTERNACIONALES A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL: EL CASO DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

## INTERNATIONAL NON-STATE ACTORS UNDER THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW: THE CASE OF TRANSNATIONAL COMPANIES

EUGENIA LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ\*

*Profesora Titular de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales  
Universidad de Navarra*

Recibido: 15.05.2019 / Aceptado: 14.06.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4955>

**Resumen:** Nunca en la sociedad internacional las empresas transnacionales han tenido tanta importancia como en la actualidad. Es innegable su influencia en la vida económica y política de la sociedad internacional. Sus acciones autónomas y sin cortapisas se han visto favorecidas por la defensa de la liberalización comercial casi absoluta por parte de la OMC. Han adquirido, sin duda, un papel sin precedentes en la organización de los intereses comerciales internacionales. Pero esta realidad no corresponde con su deficiente estatuto jurídico internacional y menos aún con su muy discutida subjetividad internacional. Son algo más que meros objetos y pueden llegar a ser, incluso, sujetos derivados o funcionales del orden internacional, a pesar de las reticencias doctrinales e insuficiencias del Derecho internacional.

**Palabras clave:** empresas transnacionales, globalización económica y comercial, actores no estatales, capacidad jurídica internacional, sujetos de Derecho internacional.

**Abstract:** Transnational enterprises have never been as important as they are today. Their influence on the economic and political life of international society is undeniable. Its autonomous and unrestrained actions have been favored by the defense of almost absolute trade liberalization by the WTO. They have undoubtedly acquired an unprecedented role in the organization of international commercial interests. These facts do not correspond however to its deficient international legal status and even less to its much-discussed international subjectivity. Such enterprises are more than mere objects of the international order and they can even be derived or functional subjects of the international order, despite the doctrinal reluctance and inadequacies of international law.

**Keywords:** transnational enterprises, economic and commercial globalization, non-state actors, international legal capacity, subjects of international law

**Sumario:** I. Introducción. II. ¿Es necesaria una reconceptualización de la sociedad internacional a causa de estos actores no estatales? III. La convivencia entre los Estados y los actores no estatales en la sociedad internacional. IV. Complejidad de las empresas transnacionales y su evolución. V. Las dificultades a la hora de definir la empresa transnacional. VI. Las empresas transnacionales como actores en la sociedad internacional. VII. Las empresas transnacionales: ¿sujetos de Derecho internacional? VIII. Las controversias doctrinales. IX. Las empresas transnacionales en la actuali-

---

\*ejacoiste@unav.es

dad jurídica internacional. 1. Argumentos de aquellos que, a pesar de todo, niegan la subjetividad internacional de estas empresas. 2. Argumentos para reconocer una cierta subjetividad internacional a estas empresas. X. Conclusión.

## I. Introducción

1. Desde que la Corte Internacional de Justicia se pronunciara en su Dictamen sobre la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, afirmando que los sujetos en un determinado sistema jurídico no tienen que ser necesariamente idénticos ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto a su extensión, se abrió la puerta a un nuevo panorama por el que discurrirían los nuevos sujetos del Derecho internacional que se irían creando posteriormente dependiendo de las necesidades de la comunidad internacional<sup>1</sup>. Sin embargo, setenta años después de esta Opinión, parece que el problema de la subjetividad internacional de los actores no estatales continúa presente, a pesar de los enormes progresos que se han hecho en el ámbito del Derecho internacional<sup>2</sup>.

2. Uno de los acontecimientos más importantes en el desarrollo del Derecho internacional de los últimos tiempos ha sido la creación de las normas aplicables a las empresas transnacionales. Y es que, como ya señaló Jonathan Charney en 1983, aunque el Derecho internacional público se ha ocupado de las cuestiones económicas desde hace ya mucho tiempo, la gran expansión de sus actividades que ha tenido lugar ya desde el inicio de la segunda mitad del siglo pasado, ha atraído hacia ellas el centro de atención, sobre todo para crear normas internacionales que regularan sus actividades<sup>3</sup>. Es obvio que esto se debe no solo a la importancia de sus actividades, sino también al hecho de la irrupción en la escena internacional de los países denominados antes “en desarrollo”, y ahora “emergentes”, que han ido desarrollando una estructura de poder, sobre todo en las últimas décadas, para oponerse tanto a las empresas transnacionales, como a los países desarrollados, de los que procedían estas empresas. A este respecto, los movimientos que se vivieron en los años setenta y ochenta en torno al concepto del Nuevo Orden Económico Internacional ha cambiado no solo a nivel ideológico por la desaparición de la URSS, sino también a causa del liberalismo económico a ultranza que se ha impuesto en la sociedad internacional, lo que ha facilitado el surgimiento de importantes empresas transnacionales en los grandes países emergentes, como Brasil, China, India, México, Rusia, etc., abriéndose así ese coto cerrado que asimilaba las empresas transnacionales casi exclusivamente con los países industrializados.

Pero si en la segunda mitad del siglo pasado las empresas transnacionales ya estaban de moda en la actualidad internacional, sobre todo para hablar más mal que bien de ellas, algo similar ocurre en la actualidad, sobre todo por parte de muchas ONG's, y no tanto ya por parte de los Estados. Y es que esas ONG's consideran a muchas empresas transnacionales como actores que solo buscan su provecho

<sup>1</sup> El texto de la Corte es el siguiente: “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States. This development culminated in the establishment in June 1945 of an international organization whose purposes and principles are specified in the Charter of the United Nations. But to achieve these ends the attribution of international personality is indispensable”. Cfr. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, *ICJ Reports*, 49, p. 178.

<sup>2</sup> Queremos poner de relieve que, aunque generalmente se ha utilizado esta Opinión como una apertura hacia una eventual ampliación de la subjetividad internacional, algunos autores, como entre nosotros el Profesor Carrillo Salcedo, sostuvo que del Dictamen no se puede extraer una interpretación en ese sentido muy amplia, al referirse exclusivamente a las Naciones Unidas, y no al resto de Organizaciones internacionales. Cfr. *Curso de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 30. No es esta, sin embargo, la opinión más aceptada en las dos últimas décadas.

<sup>3</sup> Cfr. J. CHARNEY, “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, *Duke Law Journal*, vol. 32, 1983, n° 4 pp. 748-788, en particular, pp. 748-749.

económico, aunque sea violando si es preciso las normas internacionales bien sea en materia de derechos humanos o bien por no ser respetuosas con el medio ambiente, aspectos que para estas ONG's, las empresas transnacionales están siempre en el punto de mira<sup>4</sup>. Hay que reconocer sin embargo que hoy en día, el mundo no sería el mismo sin estas empresas, al mantener un cierto oligopolio en algunos sectores económicos muy importantes como es el energético, en general, pero también en otros muchos como el alimenticio, el tecnológico, el de inversiones, etc. Esta pujanza de las empresas transnacionales se debe también al contexto globalizador a nivel económico, sin olvidar también el político, ya que en ambos han surgido nuevas potencias que han hecho de la sociedad internacional actual una sociedad más multicolor y universal, debilitándose el peso de los países industrializados, y reforzándose mucho el de los grandes países emergentes. Esto se vislumbra también a nivel jurídico, sobre todo a causa de que durante mucho tiempo el Derecho internacional económico ha estado aletargado, rechazando que pudiera ser una faceta importante del Derecho internacional. Algo similar ha ocurrido, aunque a menor nivel con los derechos humanos, manteniéndose ambas disciplinas durante mucho tiempo casi sin puntos de conexión, aunque siempre estuvieron en el mismo "sistema solar"<sup>5</sup>.

3. El problema continúa, y no podía ser menos a la luz de la evolución que está padeciendo el Derecho internacional, aunque esta evolución no tenga los efectos jurídicos formales que algunos desean para adaptar o transformar el Derecho internacional a las nuevas realidades económicas, políticas o sociales presentes en la actual sociedad internacional. La situación se vuelve incluso enrevesada, ya que si algunos pretenden considerar a la sociedad internacional como una especie de "monoglosia", en la que el Estado es el héroe del Derecho internacional, cuando en realidad esta sociedad internacional va mucho más allá que eso, lo que existe en la práctica es una especie de "heteroglosia", en donde los actores no estatales cada vez desempeñan mayores funciones en el sistema jurídico internacional<sup>6</sup>. En este contexto, los autores que desean una apertura del sistema jurídico internacional y un mayor reconocimiento jurídico a estos actores no estatales piensan que estos actores no estatales pueden ser titulares de derechos y obligaciones en el ámbito jurídico internacional y, por lo tanto, serán sujetos de Derecho internacional<sup>7</sup>. Es más, señalan e invocan la participación de muchos de estos actores en el proceso de creación de normas, consideradas como tales, aunque no necesariamente vinculadas con las que figuran en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>8</sup>, sin descontar el denominado "Trans-

---

<sup>4</sup> Esta es la idea que tiene también Fabrizio Marrella, quien inicia su curso en la Academia Internacional de La Haya con estos términos: "Il ne se passe pas un jour sans que l'on n'entende parler d'événements liés aux entreprises ou sociétés transnationales (STN): le plus souvent, surtout dans ces années de crise économique globale, il s'agit de mauvaises nouvelles: achats et fusions entraînant des licenciements, délocalisations, corruption, pollution de l'environnement, violations des droits de l'homme y compris l'exploitation des enfants et des communautés autochtones, avec toutes les conséquences que cela implique". Cfr. F. MARRELLA, "Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", *Recueil des Cours*, T. 385, 2016, pp. 33-435, p. 47.

<sup>5</sup> Expresión utilizada por F. MARRELLA, *Ibid*, p. 49.

<sup>6</sup> A este respecto, "monoglosia" y "heteroglosia" en el sentido que les da Cedric Ryngaert. Cfr. C. RYNGAERT, "Non-State Actors: Carving out a Space in a State-Centred International Legal System", *Netherlands International Law Review*, vo. 63, 2016, 2, pp. 183-195, especialmente, pp-184-188.

<sup>7</sup> "It is not an *a priori* threshold that needs to be crossed before an NSA can enjoy rights or obligations under international law. Rather, an NSA enjoys international legal personality *because* it enjoys certain obligations. The focus of the inquiry should thus simply be on whether an international norm creates rights or obligations for an actor, and when this is indeed the case, the addressee of the norm can be considered as an international legal person. Thus, when we say that an NSA is a subject of international law, it simply means that it enjoys *certain* rights and or obligations under international law". *Ibid*, p. 187.

<sup>8</sup> A este respecto, es conocido el papel que ha desempeñado a este respecto la Santa Sede con los famosos Concordatos, pero en estos aspectos el más representativo es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), ya que, a pesar de que como es el caso de las Organizaciones internacionales ha recibido un mandato de la sociedad internacional a través de tratados internacionales, el CICR se ha constituido por individuos como una asociación privada de Derecho suizo, estando además administrado y gestionado por una Asamblea de individuos de nacionalidad suiza. Conviene recalcar, sin embargo, que si el CICR no ha sido creado por los Estados, sus actividades y sus funciones sí que lo son. Por eso, como ya se ha señalado por algún autor, el CICR tiene una naturaleza híbrida, pues no es una Organización internacional clásica ni tampoco una típica ONG. Sin embargo, el trato que le acuerdan los Estados es más similar al de una Organización internacional clásica que al de una ONG, como lo demuestra su evolución. Para más detalles sobre esta Institución, cfr. E. DEBUF, "Tools to do the Job: The ICRC's Status, Privileges and Immunities", *International Review of the Red Cross*, 2016, pp. 319-344.

national Law<sup>9</sup>). Pero también invocan su participación en tareas de supervisión y cumplimiento, incluso sin mediación estatal<sup>10</sup>, sin olvidar su participación en el arreglo de controversias<sup>11</sup>.

## II. ¿Es necesaria una reconceptualización de la sociedad internacional a causa de estos actores no estatales?

4. Es muy común escuchar en el ámbito jurídico internacionalista que el Derecho internacional, en realidad, como cualquier otro orden jurídico, no puede ser impermeable a los cambios económicos y sociales a los que está expuesta la sociedad internacional. Sin embargo, en algunos casos, se tiende a defender más fácilmente la inamovilidad que el progreso. Y es que no se trata pura y simplemente de conformismo o de comodidad, sino que se debe sobre todo a que cualquier norma jurídica va a traer consigo una cierta estabilidad, de ahí el carácter poco evolutivo en general del Derecho. Sin embargo, como ya apuntó magistralmente Prosper Weil<sup>12</sup>, una longevidad demasiado considerable de la norma acarreará un divorcio con la realidad. Aunque dicho autor hizo esta afirmación pensando en la realidad “económica”, es también aplicable al tema que nos va a ocupar, el de la subjetividad internacional de las empresas transnacionales, ya que el orden económico actual no se entendería sin ellas. Por otro lado, no conviene olvidar que todo sistema jurídico debe tomar en consideración tanto la estabilidad como la evolución y el progreso, si es que quiere seguir pegado a la realidad, tal y como ya se constató en 1938 al predecirse las futuras transformaciones del orden internacional<sup>13</sup>. Es evidente que esas transformacio-

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión, cfr. F. CAFAGGI, “Transnational Private Regulation: Regulating Private Regulators”, en: CASSESE, S. (Ed.): *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, Ed. Edward Elgar, 2016, Chapter 10, pp. 212-241.

<sup>10</sup> Cabe citar el papel de la ONG “Geneva Call”, creada en el año 2000, y cuya misión es sobre todo promover el respeto por los actores no estatales de las normas internacionales de Derecho internacional humanitario en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia, en particular de aquellas normas relacionadas con la protección de la población civil. Así, por ejemplo, han centrado sus esfuerzos en prohibir las minas antipersonales, la protección de los niños, la violencia sexual, etc. Desde este prisma, esta ONG ha establecido contacto con más de cien actores no estatales en todo el mundo, con un resultado muy positivo, pues sesenta y tres de estos actores no estatales contactados han firmado hasta ahora el “Deeds of Commitment”, por el que se comprometen a respetar las normas internacionales. Esta ONG suscribe, como el CICR, los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia, y se compromete a asegurar la transparencia informando incluso a los Estados de los compromisos obtenidos con los actores no estatales. Véase, [www.genevacall.org](http://www.genevacall.org) (consultado el 14 de enero de 2019).

<sup>11</sup> Quizás sea este ámbito en el que los actores no estatales se hayan mostrado más activos, a pesar de que, como se sabe, no pueden intervenir ante la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, los Estados sí que pueden invocar los informes o escritos que estos actores no estatales hayan presentado ante la Corte, tal y como lo recoge la “Practice Direction XII” de la Corte. Cfr. <https://www.icj.org> (consultada el 14 de enero de 2019). Dicho esto, hay que recalcar que indirectamente el papel de estos actores no estatales en este ámbito no es desdeñable por la presión que ejercen sobre los Estados para que estos actúen ante los mecanismos judiciales competentes. Esto es muy común que ocurra para que un Estado recurra ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Para más detalles, véase H. RUÍZ FABRI, “Is there a Case-Legally and Politically-for Direct Effect of WTO Obligations”, *European Journal of International Law*, vol. 25, 2014, 1, pp. 151-173. Pero incluso esta presión se ha hecho por los ecologistas australianos para que su país llevara el asunto de la caza de ballenas en las aguas antárticas por parte de Japón a la CIJ, que adoptaría en el conocido Asunto “Case Concerning Whaling in the Antarctic (Australian v. Japan: New Zealand Intervening)” (Judgement, ICJ Reports 2014, p. 226, una decisión el 31 de marzo de 2014, según la cual el Japón debía detener su programa de pesca de la ballena en el Océano del Sur a causa de que el programa en cuestión adolecía de datos científicos relevantes, violando así la Convención Internacional de la pesca de la ballena del 2 de diciembre de 1946. Para más detalles sobre esta cuestión, cfr. B. GOGARTY y P. LAWRENCE, “The ICJ Whaling Case: Missed Opportunity to Advance the Rule of Law in Resolving Sciences-Related Disputes in Global Commons?” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 77, 2017, 1, pp. 161-197. Ver también, M. MEGURO, “EJIL Debate. The Whaling Case and the Duty to Cooperate: Responding to Professors Thirlway and d’Aspremont”, publicado en enero de 2018 (consultado el 3 de junio de 2019 en <https://www.ejiltalk.org/ejil-debate-the-whaling-case-and-the-duty-to-cooperate-responding-to-professors-thirlway-and-daspremont/>). Es más, es conocido que en algunos ámbitos determinados, como en materia de derechos humanos o en materia de inversiones, estos actores no estatales pueden recurrir para resolver sus controversias con los Estados. Y en el ámbito de la Unión Europea, ya se sabe que el Tribunal de Justicia se ha tenido que pronunciar ya en varios casos a instancia del Frente Polisario, u organizaciones afines, decidiendo que en algunos Tratados concluidos por la Unión Europea y Marruecos eran contrarios al Derecho de la Unión por violar el derecho de autodeterminación del pueblo saharauí, como es el caso de la sentencia del 27 de febrero de 2018 en relación con el Tratado de pesca.

<sup>12</sup> De este autor, cfr. “Le droit international économique mythe ou réalité?”, en *Colloque d’Orléans*, 25-27, mai 1971. *Aspects du droit international économique, élaboration-contrôle-sanction*, SFDI, Paris, Pedone, 1972, p. 8.

<sup>13</sup> Cfr. M. BOURQUIN, “Stabilité et mouvement dans l’ordre juridique international”, *Recueil des Cours*, T. 64, 1938-II, pp. 347-477, p. 409.

nes suelen empezar por la vía de los hechos para luego llegar al ámbito jurídico, ya que si se produce una brecha importante entre la teoría y la realidad, el Derecho dejaría de cumplir con sus funciones, que en esencia son gobernar y regular una realidad social<sup>14</sup>. Por eso, por mucho que a algunos no les guste, hay que afirmar que el Derecho internacional debe ser realista, ya que un sistema jurídico anclado en la utopía sirve para soñar, pero no para regir una sociedad determinada.

5. Otra cuestión en la que insisten los que defienden la “heteroglosia” es el reconocimiento a nivel internacional de ciertas obligaciones que recaen sobre los actores no estatales, generando responsabilidad internacional en el caso de su violación. Conviene recalcar, sin embargo, que una buena parte de estas obligaciones, así como por supuesto de los derechos, son creadas por los Estados, y en ese procedimiento los actores no estatales no participan directamente en él. Tampoco se puede decir que los derechos y las obligaciones que se les otorgan son iguales para todos los actores no estatales, pues eso dependerá del actor y del régimen en el que actúe. Sin embargo, algunos actores, como aquellos que queden englobados en lo que se considera grupos armados o movimientos de liberación nacional van a tener que cumplir con las obligaciones que les impone directamente el Derecho internacional humanitario, tanto convencional como consuetudinario, en el que ellos obviamente no han participado<sup>15</sup>. Algo similar ocurre en materia de derechos humanos, aunque aquí el debate es más intenso<sup>16</sup>. Es más, algunos Estados, y un sector doctrinal cada vez más importante, no han dudado en invocar en algunos aspectos normas internacionales que hasta ahora se solían invocar casi solo para los Estados, pero que con el importante desarrollo de ciertos grupos armados a todos los niveles (armamentístico, humano y tecnológico) no han dudado en invocar conceptos como el de la legítima defensa desde hace ya algún tiempo (por ejemplo Israel) para combatir y poder defenderse bien sea de grupos terroristas o bien de organizaciones armadas que actúan a veces llevando a cabo ataques terroristas y otras pura y simplemente ataques armados<sup>17</sup>. Algo similar ocurre con lo que se denominó a finales del siglo pasado y principios de este como “asesinatos selectivos” por parte de un sector doctrinal, cuando ahora se considera que ni son simplemente “asesinatos” ni tampoco muy “selectivos”<sup>18</sup>. Otros actores no estatales, como las empresas transnacionales, han estado últimamente en el punto de mira de esta importante cuestión en relación con los derechos humanos, aunque en esta materia nos situamos en un terreno movedizo en el que el Derecho internacional y el Derecho interno tienen puntos de encuentro, pero sin que se pueda afirmar tajantemente que estos actores sean los destinatarios directos de esas obligaciones internacionales, sino que van a ser los Estados en los que llevan a cabo esas actividades los que tendrán que controlar y vigilar que estas empresas respetan las normas internacionales. No es casual que en este ámbito se hayan adoptado códigos de conducta, directrices de actuación o Principios rectores...etc., calificables como normas de *soft-law*<sup>19</sup>, pero que distan mucho de ser realmente normas jurídicas, obligatorias y vinculantes.

<sup>14</sup> Esta frase es abundantemente utilizada por la doctrina con muchos fines en el ámbito jurídico internacional en relación con el tema que aquí nos ocupa, cfr. C. L. LIM, “Authority and Personality: Non-State Entities as Law-Givers?”, en C. HARDING/ C.L. LIM (Eds.), *Renegotiating Westphalia – Essays and Commentary on the European and Conceptual Foundations of Modern International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 53-63.

<sup>15</sup> Cfr., por ejemplo, M. SASSÖLI, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Compliance with International Humanitarian Law”, *International Humanitarian Legal Studies*, 2010, 1, pp. 5-51, pp. 46-47.

<sup>16</sup> A este respecto, véase la interesante obra de K. FORTIN, “The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law”, Oxford, Oxford University Press, 2017, 421 p. En las páginas 104-105 este autor lleva a cabo un estudio interesante en relación con la guerra civil española y los insurgentes. Sobre esta cuestión, véase también los interesantes comentarios que lleva a cabo E. DE BRAVANDERE, “Non-State Actors and Human Rights: Corporate Responsibility and the Attempts to Formalize the Role of Corporations as Participants in the International Legal System”, en J. D’ASPREMONT (Ed.) *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Londres, Routledge, 2011, pp. 268-283.

<sup>17</sup> Tesis defendida por el Profesor Bermejo desde 1993 en varios estudios sobre el uso de la fuerza. Véase, R. BERMEJO GARCÍA, *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*. Madrid, Civitas, 1993, 473 p., especialmente pp. 270-341.

<sup>18</sup> Cfr. G. BLUM Y P. HEYMANN, “Law and Policy of Targeted Killing”, *Harvard National Security Journal*, vol. 147, 2010, 1, pp. 145-170.

<sup>19</sup> Cfr., por ejemplo, E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, “Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos”, en C. R. FERNÁNDEZ LIESA/ E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, *Empresas y derechos humanos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2018, pp. 35-65, p. 64.

6. Surge así la cuestión de saber si estos actores pueden generar una real responsabilidad internacional por violación del Derecho internacional, cuestión que sigue sin resolverse, a pesar de los intentos que se han llevado a cabo para poder elaborar un proyecto de artículos en esta materia, siguiendo las líneas que la Comisión de Derecho Internacional había ya adoptado en su Código sobre la responsabilidad internacional de los Estados y de las Organizaciones internacionales por actos ilícitos de 2001<sup>20</sup>. Sin embargo, al final, estas ideas sugeridas por algunos autores fueron abandonadas debido a una serie de causas como la gran diversidad de actores no estatales en la sociedad internacional, la ausencia casi total de una práctica internacional relativa a su responsabilidad, así como por sus escasas obligaciones primarias a nivel internacional. Esta complejidad de actores no estatales, hace muy difícil articular unos parámetros comunes aplicables a todos ellos. Es más, incluso centrándonos en una categoría de ellos, como pueden ser los grupos armados o terroristas la práctica nos revela las serias dificultades a la hora de obligarles a reparar a sus víctimas por los delitos cometidos.

### III. La convivencia entre los Estados y los actores no estatales en la sociedad internacional

7. Hay que reconocer que la convivencia entre los Estados y los actores no estatales en la sociedad internacional está lejos de ser muy armónica, pues, aunque es cierto que en algunos casos la interacción o la influencia de los actores no estatales en algunos Estados ha sido positiva, o ha llegado al resultado deseado por los primeros<sup>21</sup>, sin embargo, no siempre ha sido así, y muchos actores no estatales buscan no solo influir en la política de los Estados, sino que desean actuar como si fueran casi Estados, recurriendo a conceptos o figuras como el de la “Gobernanza internacional o mundial”, en el que ambos puedan retroalimentarse. Quienes sostienen esa interacción entre los actores no estatales y los Estados señalan que saber qué acciones corresponderían a los actores no estatales y cuáles a los Estados es una cuestión política que habría que resolver, aunque “*a smart mix of both may be desirable*”<sup>22</sup>.

Asumiendo esta premisa, y reconociendo que no todos los problemas que tiene la sociedad internacional pueden ser resueltos recurriendo estrictamente al Derecho internacional, lo cierto es que son los Estados los que tanto a nivel teórico, como práctico continúan siendo no solo los pilares del sistema, sino también la principal herramienta para garantizar al final el buen funcionamiento de los actores no estatales, aunque se queden al margen aspectos que pueden ser importantes como son la legitimidad o la transparencia. Pero la sociedad internacional es la que es, y en ella los Estados son los que debido a sus características esenciales (territorio, población, Gobierno), no solo la han creado, sino que su evolución va a depender de ellos. Este es el caso de las Organizaciones internacionales creadas por y para los Estados. Es más, todo individuo está o va a estar sometido a la soberanía de un Estado bien sea en su propio territorio, bien sea en la aeronave o el barco que tenga su nacionalidad. Su territorio va a servir como punto de anclaje de su población, y el Estado defenderá y representará los intereses de su pueblo o pueblos sin necesidad de que esté configurado siguiendo los parámetros democráticos. Además no hay que olvidar que no todos los Estados son ya democráticos, y tampoco se puede decir que en todos los Estados se respetan los derechos humanos, tal y como se defienden o protegen en los países occidentales, y no por eso dejan de ser Estados. Nada de esto tienen los actores no estatales, aunque esto no impide que

<sup>20</sup> Sobre esta materia y sus pormenores, cfr. C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional (las consecuencias del hecho ilícito)*, Murcia, Diego Marín, 2005, 311 p. De este mismo autor, véase *Responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales a la luz del proyecto definitivo de artículos de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), Granada, Comares, 2012, 240 p.

<sup>21</sup> Tal fue el caso de la ONG neerlandesa Urgenda que presionó al Gobierno de los Países Bajos al llevar un caso ante los tribunales contra el propio Gobierno por violar sus obligaciones internacionales a la hora de reducir las emisiones de efecto invernadero. En este caso Urgenda y otros novecientos querellantes recibieron la decisión del Tribunal de Distrito de La Haya, procedimiento que se inició en 2013, con gran alegría, al tratarse del primer caso en el que un Juez ha requerido a un Estado a adoptar las medidas de precaución necesaria para luchar contra el cambio climático, convirtiéndose así en un caso que viene a apoyar a otros casos similares que se están planteando a nivel internacional. En el veredicto se señala que el Estado tiene la obligación legal de proteger a sus ciudadanos, y que por eso se insta al Estado a adoptar todas las medidas cautelares necesarias con el fin de reducir las emisiones en un mínimo de un 25 por ciento en 2020 en comparación con las emitidas en 1990. A este respecto, cfr. <http://urgenda.nl/en/> (consultado el 24 de enero de 2019).

<sup>22</sup> Cfr. C. RYNGAERT, “Non-State Actors...” op. cit., p. 193.

algunos de ellos representen un interés específico como es el caso del CICR, y esto porque los Estados así se lo han reconocido. Pero tampoco los actores no estatales celebran ni negocian los tratados, aunque pueden prestar asistencia, como en algunos casos se ha hecho, por ejemplo en la Conferencia de Río +20 que tuvo lugar en junio de 2012 y en la que 400 representantes de ONG's estuvieron presentes<sup>23</sup>.

8. Otro aspecto jurídico relevante a tomar en consideración es el de saber si los actores no estatales pueden contribuir con sus prácticas a la formación de una norma consuetudinaria internacional. A este respecto, se ha defendido en 2014 en el seno de la "International Law Association"<sup>24</sup> que una norma consuetudinaria era creada y sostenida por la práctica constante y uniforme de los Estados y de otros sujetos de Derecho internacional en los ámbitos que repercuten en sus relaciones internacionales. Sin embargo, como se ha apuntado<sup>25</sup>, esto es la opinión solo de algunos autores, ya que la Comisión de Derecho Internacional ha considerado que la práctica de los actores no estatales no puede ser tomada en cuenta en la creación de las normas consuetudinarias, aunque puede ser relevante a la hora de evaluarla<sup>26</sup>. Esto no impide, sin embargo, que indirectamente estos actores recurran a normas de "soft law" que son invocadas y llevadas no solo a la práctica internacional, sino también a la jurisprudencia al ser adoptadas después por determinados tribunales arbitrales, transformándolas así *de facto* en "hard law", o por lo menos informan sobre el estado presente del derecho positivo como ocurre en ciertos casos en el CIRDI. De esta manera, este "soft law" puede desempeñar un papel en la interpretación de las normas convencionales, por ejemplo, mientras que en otros casos, que ya son más raros, pueden incluso permitir llegar a una solución que las normas del derecho positivo no lo permiten<sup>27</sup>.

9. Por cuanto antecede resulta un poco ilógico comparar los actores no estatales con los Estados, ya que son diferentes, tanto por su naturaleza como por los derechos y obligaciones, aunque esto no quiere decir que en la actualidad no se necesiten unos y otros en esta sociedad internacional tan compleja. Que los actores no estatales son hoy en día una realidad internacional que nadie puede ocultar, es obvio, así como su importancia e influencia en muchos ámbitos internacionales, como puede ser el económico, el financiero y el medio ambiental, pero esto no quiere decir que están en un plano de igualdad con los Estados. Tampoco vale la premisa según la cual si los actores no estatales están obligados a cumplir con el Derecho internacional (por ejemplo, las empresas transnacionales, las ONG's e incluso los individuos), ¿por qué no podrían participar y desempeñar un mismo papel en la creación de sus normas? La respuesta es clara a mi juicio: porque no son iguales que los Estados, y la sociedad internacional se ha articulado y creado sobre la base de estos últimos<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> A este respecto, cfr. A/CONF.216.2, *provisional rules of procedure of the United Nations Conference on Sustainable Development*, cuya regla 64 establece: "Non-governmental organizations accredited to participate in the Conference may designate representatives to sit as observers at public meetings of the Conference and the Main Committees 2 Upon the invitation of the presiding officer of the body concerned and subject to the approval of that body, such observers may make oral statements on questions in which they have special competence. If the number of requests to speak is too large, the non-governmental organizations shall be requested to form themselves into constituencies, such constituencies to speak through spokes-persons."

<sup>24</sup> Cfr. *Report of the Seventy Sixth Conference*, Washington 2014, párrafo 55.

<sup>25</sup> Cfr. H. THIRLWAY, "Non-State Actors: A response to Professor Ryngaert", *Netherlands International Law Review*, vol. 64, 2017, 1, pp. 141-153, p. 146.

<sup>26</sup> A este respecto, la Comisión de Derecho Internacional señala en torno a esta cuestión lo siguiente: "1. The requirement, as a constituent element of customary International law, of a general practice means that it is primarily the practice of States that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law. 2. In certain cases, the practice of international organizations also contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law. 3. Conduct of other actors is not practice that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law, but may be relevant when assessing the practice referred to in paragraphs 1 and 2. Cfr. International Law Commission, Sixty-eight session, *Identification of customary international law*, UN Doc. A/CN.4/L.872, Part Three, Draft conclusion 4(5), de 30 de mayo de 2016. Para más detalles, cfr. S.D. MURPHY, "Current Developments: Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission", *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, n.º. 4, pp. 822-844.

<sup>27</sup> Sobre estos aspectos, cfr. P. JACOB, F. LATTY y A. DE NANTEUIL, "Arbitrage transnational et droit international général (2016)", *Annuaire français de droit international*, vol. LXII, 2016, pp. 587-650, pp. 605-608.

<sup>28</sup> Para más detalles, cfr. R. RANJEVA, "Les organisations non-gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international", *Recueil des Cours*, T-270, 1997, pp. 9-105, p. 91 y ss. Sin embargo, este mismo autor sostiene que esto no quiere decir que,

**10.** Todo esto tiene un fiel reflejo en las obligaciones de los actores no estatales, pues todo “derecho” acarrea unas obligaciones. Por lo tanto, si los actores no estatales no tienen los mismos derechos que los Estados, sus obligaciones a nivel internacional también serán distintas. Por ejemplo, nadie se plantea exigir responsabilidad internacional al Daesh (ISIS, según las siglas en inglés) por sus asesinatos, violaciones y otros delitos graves cometidos en los últimos años, sin contar con los ataques terroristas, pura y simplemente porque no es un Estado<sup>29</sup>, pero tampoco es una empresa transnacional legalmente constituida en un Estado, en cuyo caso sería este último el responsable. Algo similar ocurriría con Hezbollah o Hamás, así como en España con ETA. Esta cuestión se plantea de una forma compleja también con las empresas transnacionales, aunque como veremos más tarde, hay autores que dudan de que estas empresas puedan ser destinatarias de todo el cuerpo jurídico internacional en materia de derechos humanos, ya que la concepción vertical de esta materia no trae consigo que solo sean los Estados los destinatarios directos de estas obligaciones<sup>30</sup>. Esto no implica que los Estados se desentiendan del tema, sino que tienen que asegurarse de que estos derechos se protejan dentro de su jurisdicción por estos actores no estatales. Tomando en consideración estos elementos, surge la cuestión de saber si en el sistema jurídico internacional cabe la posibilidad de ir abriendo un nuevo enfoque integrador y realista para que los actores no estatales vayan teniendo cada vez un papel mayor que desempeñar<sup>31</sup>. Sin embargo, tras esta cuestión surgen una serie de problemas dada la complejidad que cada uno de estos actores encierra, así como su desigualdad. No es lo mismo una de las grandes empresas transnacionales cuya cifra de negocios supera al PNB de más de cincuenta Estados, que una ONG internacional de tamaño reducido. Pero es que, además, la lucha que en muchos casos mantienen estos actores entre sí es muy importante, como por ejemplo las ONG’s ecologistas y las grandes empresas transnacionales que explotan los hidrocarburos. Además, se plantea la cuestión de cómo ampliar su papel a nivel internacional en un ámbito dominado por los Estados<sup>32</sup> ¿A nivel de simples consultas? ¿Integrándolos más en el sistema jurisdiccional internacional? Lo primero quizás sería deseable, pero lo segundo es evidentemente muy problemático, pues afectaría a los pilares fundamentales del sistema jurídico internacional, y muchos Estados se opondrían invocando, como es normal, su soberanía. Y es que conviene siempre tener presente que son los Estados, los que crean las normas y los que tienen la obligación de aplicarlas y de garantizar que se apliquen por los actores no estatales. Es más, cualquier cambio que se lleve a cabo en esta materia debe ser aceptado y aprobado por los Estados a través de los diversos procedimientos previstos en cada materia.

**11.** Tampoco han faltado autores que han pensado que esta ausencia de participación, sobre todo en el caso de las empresas transnacionales, en el desarrollo del Derecho internacional puede suponer costes importantes para el sistema jurídico internacional. Pero es que además los códigos de conducta no resuelven ni los problemas económicos ni los políticos en la materia, sino que simplemente se convierten en origen de auténticas controversias jurídicas. Y es que al no dejar participar en el proceso de creación

---

por ejemplo, las ONG’s tengan que ser objeto de represión, al señalar lo siguiente: “Il est alors difficile d’imaginer que les gouvernements puissent accéder à ce souhait. A l’inverse, ces difficultés ne pourraient pas pour autant servir de justification pour une répression sévère des organisations non gouvernementales. Par leur action tribunitienne contre les violations des normes, les organisations non gouvernementales représentent un contrepoids à la puissance des institutions établies et contribuent à la démocratisation tant de la vie politique que des relations internationales. Elles apportent ainsi un vent de liberté et un trait d’humanité”. *Ibid.*, p. 100.

<sup>29</sup> Sobre el Daesh (ISIS), cfr. C. GUTIÉRREZ ESPADA y M. J. CERVELL HORTAL (Dir.), *El Estado Islámico (DAESH)*, Valencia, Tirant lo Blanch 2018, 503 p. Véase también H. KENEDY, *The Caliphate*, Londres, Pelican, 2016, p. 279, quien dice abiertamente que el concepto de Califato es muy distinto al del Estado, puesto que el fin es establecido por el mundo sin un límite territorial determinado.

<sup>30</sup> Cfr. E. DE BRAVANDERE, “Non-State Actors and Human Rights...”, op. cit., p. 10.

<sup>31</sup> Este es el pensamiento de algún autor, que mirando el futuro preconizan una apertura para dar mayor cabida a los nuevos retos que tiene por delante la sociedad internacional. Tal es el caso de E. U. PETERSMAN, “International Economic Law in the 21st Century. Constitutional Pluralism and Multilateral Governance of Interdependent Public Goods”, Oxford, Hart Publishing, 2012, 540 p. El autor preconiza que hay que superar el orden económico wesfaliano para crear otro orden económico cosmopolita, con el fin de poner la economía al servicio de los derechos humanos, el medio ambiente, etc, en donde el individuo sea considerado como la figura maestra del nuevo orden. Sus ideas son portadoras de un idealismo a día de hoy muy utópico, pero que puede servir como fuente de inspiración para ir mejorándolo.

<sup>32</sup> A este respecto, cfr. R. RANJEVA, “Les organisations non-gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international”, op. cit., pp. 9-105.

de normas a los mayores actores económicos fragiliza el sistema, imponiendo así riesgos innecesarios. Es evidente, que si se les permitiera su participación se evitarían estos riesgos, haciendo que ellas mismas se hicieran más corresponsables a la hora de aplicarlas al haber participado en ellas. Existe un precedente ilustrativo como ejemplo, que fue la negociación de la Parte XI del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la que el rechazo a que estas empresas participaran directamente trajo consigo que tuvieran que hacerlo indirectamente, incorporándose en las delegaciones gubernamentales, lo que limitó considerablemente su poder de acción y de control. El acuerdo que se plasmó, estuvo muy lejos de plantear la realidad de los Fondos Marinos y sus dificultades a la hora de explotarlos, información de la que disponían fehacientemente las empresas, y a pesar de exponerlas, no fueron tomadas en consideración lo suficientemente, lo que les permitió presionar con fuerza aquellas negociaciones y socavarlas, logrando en algunos casos que sus gobiernos se opusieran a la adopción de la Convención<sup>33</sup>.

Es más, cerrar el paso a que estas empresas participen en el proceso de creación de normas no solo perjudica a una aplicación eficaz de las normas, sino que también disminuye las posibilidades de su viabilidad a largo plazo, aunque su participación en ese proceso normativo otorga una cierta dosis de realismo a la norma, contribuyendo así a que sea aceptada por las partes. Esto ocurriría también en caso de adopción de códigos de conducta, es decir, normas de “soft-law”. Y es que no hay que olvidar que el Derecho internacional no dispone para la aplicación de sus normas de las mismas herramientas que tienen los sistemas jurídicos internos más avanzados, esto sin contar con que las personas físicas y jurídicas suelen ser más proclives a aplicar las normas internas que las internacionales, al verlas más cercanas.

**12.** Hechas estas consideraciones, es sabido que a las empresas transnacionales se les reconoce, como desarrollaremos más adelante, una cierta personalidad jurídica internacional, y participan en el arreglo de controversias establecidos bien sea por los Estados o en el marco de Organizaciones internacionales. Es más, en muchos casos, asesoran a estas organizaciones cuando sus intereses están en juego, sin olvidar su importante papel en relación con los Estados, influyendo considerablemente en sus decisiones cuando se tratan asuntos internacionales de una cierta entidad. Así las cosas, es cierto que el Estado puede ser visto en el Derecho internacional como si fuera algo inexpugnable, aunque esta percepción varía al considerar algunas teorías defendidas por grandes autores del Derecho internacional y también recientemente por autores de otras disciplinas. En relación con los primeros es sabido que algunos autores han defendido que habría que ignorar la figura de la “ficción jurídica”, arguyendo que si los actores reales son aquellas personas naturales que tienen poder para influir en las decisiones, es irrelevante que la entidad ficticia tenga o no la personalidad internacional<sup>34</sup>. Algo parecido ocurre con las empresas transnacionales, pues sus representantes han estado siempre, y lo seguirán haciendo, participando en el sistema jurídico internacional. Pero en materia de creación de normas internacionales no conviene perder de vista que tanto la codificación de la práctica consuetudinaria internacional, como la creación de nuevas normas pueden presentar riesgos para el Derecho internacional, algo que ya apuntó Kelsen en su momento<sup>35</sup>. Kelsen identificó dos límites existentes en cualquier sistema jurídico: el superior y el inferior. El superior se alcanza cuando el Derecho rige tan absolutamente la conducta de sus sujetos que le lleva a desaparecer, al no tener ya valor normativo. En el caso del límite inferior se produce cuando las violaciones son tan numerosas que su valor normativo se va perdiendo y al final se desvanece. En general, en el Derecho internacional las normas tienden a aproximarse al límite superior, pero este no suele ser el caso en el ámbito económico, en donde la necesidad de cambiar las normas es tan fuerte que empuja el sistema hacia el límite inferior.

<sup>33</sup> Sobre estos aspectos, cfr. J. CHARNEY, “Transnational Corporation and Developing Public International Law”, op. cit., p. 754.

<sup>34</sup> A este respecto, Kelsen fue uno de estos autores que defendió esta teoría, al indicar que “The State, as a subject of international law, is in fact simply a juristic person... Thus, when international law obligates and authorizes States..., it means that international law obligates and authorizes these human individual, who are States organs... When International Law imposes upon a State (an) obligation... it is determined only what ought to be done in the name of one State and what may be done in the name of other”. Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1945, Cambridge, Harvard University Press, 1945, 516 p., pp. 342-343. Véase también, J. J. LADOR-LEDERER, *International Non-Governmental Organizations and Economic Entities: A Study in Autonomous Organization and “jus gentium”*, Leyden, Sijthoff, 1963, p. 21.

<sup>35</sup> H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925, 433 p.

En relación con los autores de otras disciplinas, como es el caso de las de Relaciones Internacionales, se ha señalado últimamente que es cierto que el territorio del Estado ha sido utilizado por las élites políticas como un medio para salvaguardar sus intereses y objetivos que no siempre, o en raras ocasiones, representan los deseos del pueblo de ese territorio<sup>36</sup>. Esto no impide, sin embargo, que el Estado sea un actor privilegiado a nivel internacional, y que esas relaciones internacionales *stricto sensu* sigan estando en manos de los Estados. Así las cosas, no es extraño que se den cambios importantes en la estructura de algunos Estados, como ha sido el caso de la antigua Yugoslavia o de la URSS, y movimientos políticos en ciertos territorios de Estados europeos que propugnan la creación de nuevos Estados. Y lo hacen porque son conscientes de lo que representan ser un Estado, aunque sea creando un Estado fallido. Pero también estos movimientos están nutridos de élites que arrastran al pueblo sin que estos sean conscientes de los mensajes lanzados por sus promotores, en muchos casos engañosos, y mucho menos de su alcance. Es lo que Bogdan Ivanel denomina “Puppet States”, una figura en la que pueden entrar Chipre del Norte, Transnistria, Osetia del Sur, etc, pero que se puede también extender a diversos movimientos que se están desarrollando en suelo europeo y cuyo objetivo es crear un Estado sin saber muy bien ni cómo, ni las consecuencias que puede tener esa alternativa. Esto demuestra claramente que el “Estado” sigue siendo algo añorado, aunque luego no siempre responda a los objetivos para los que se creó. Sin embargo, hay actores no estatales, como las empresas transnacionales que no se plantean ni soñando la creación de un Estado en un determinado territorio, al menos actualmente<sup>37</sup>. Las empresas prefieren practicar el “lobbying” y utilizar otros actores para conseguir sus objetivos, que no siempre están reñidos con los de los Estados, a pesar de que se recurre a mucha retórica para señalar lo contrario.

**13.** Es evidente que muchas reivindicaciones que se plantean en torno a los actores no estatales son sobre todo meras exhortaciones para ampliar en el ámbito internacional sus posibilidades de influencia tanto a nivel jurídico como político, aunque todo esto es *de lege ferenda*. Esto no quiere decir, sin embargo, que no se puedan tomar en consideración algunas de sus aspiraciones para responder mejor a las nuevas necesidades funcionales que han ido surgiendo en la sociedad internacional, como ha ocurrido con la creación de las organizaciones internacionales intergubernamentales. Esto no implica en absoluto modificar la actual estructura de la sociedad internacional, que es básicamente interestatal, y lo seguirá siendo en las próximas décadas. No obstante, es cierto que se están planteando nuevos retos a los que conviene dar una respuesta jurídica con el fin de que la misma sociedad internacional sea más segura. Este problema se ha visto con el Daesh, y durante la crisis financiera internacional con la regulación bancaria y financiera internacional que, al margen de algunos acuerdos internacionales en

---

<sup>36</sup> A este respecto, cfr. C. RYNGAERT, “Non-State Actors in International Law: A Rejoinder to Professor Thirlway”, *Netherlands International Law Review*, vol. 64 2017, n.º1 pp. 155-162, p. 156, donde afirma que: “The territorial state is ultimately a means of political technology which advances the self-serving goals of particular actors (elites) which do not necessarily represent the wishes of the people ‘trapped’ in a state’s territory. Non-democratic, autocratic states may serve as proof thereof, but more fundamentally, from a historical perspective, the very rise of the territorial state in the early modern period points to the existence of prior, alternative forms of regulation that could be non-territorial or non-state based”. En el ámbito de las Relaciones Internacionales este concepto ha sido criticado desde el punto de vista geográfico por J. AGNEW, “The Territorial Trap: The Geographical Assumptions of International Relations Theory”, *Review of International Political Economy*, vol. 1 1994, pp. 53-80, bajo el prisma de los tres elementos siguientes: “The first assumption, and the one that is most fundamental theoretically, is the reification of state territorial spaces as fixed units of secure sovereign spaces. The second is de division of the domestic from the foreign. The third geographical assumption is of the territorial state as existing prior to and a container society”. Este autor ha continuado con este tema en estudios posteriores como, “Still Trapped in Territory?”, *Geopolitics*, 2010 (4), pp. 779-784. También desde otras disciplinas, como la sociología, se ha abordado este tema, como N. SHAH, “The Territorial Trap of the Territorial Trap: Global Transformation and the Problem of the States Two Territories”, *International Political Sociology*, March 2012, pp. 57-76. En este estudio se pone de relieve como con la globalización se intenta superar la cuestión territorial, sin que ello se haya conseguido. La consecuencia es “... that overcoming the territorial trap not only requires uncovering how and why territory becomes an assumed political idea, but also how and why this trap produces the subsequent trap of understanding territory primarily as the physical substratum of the sovereign State”.

<sup>37</sup> Sobre esta cuestión se ha hablado mucho de Liberia, como que fue creado por una empresa multinacional, aunque nada más lejos de la realidad. La concesión de una plantación de caucho a la empresa Firestone data de 1924, cuando el país se creó el 26 de julio de 1847 por los colonos estadounidenses de color que volvieron a su tierra y la consideraron como su tierra prometida. Por lo tanto, no fue la empresa Firestone el origen de este país africano, aunque económicamente representara después un peso económico clave.

la materia, suele ser privada. Esto sin contar con las empresas transnacionales, a las que dedicamos las próximas páginas.

#### IV. Complejidad de las empresas transnacionales y su evolución

14. La participación de las empresas transnacionales en el proceso de adopción de decisiones, así como de la denominada sociedad civil, no es nuevo, y revela una preocupación en el seno del mundo económico sobre todo en cómo se va a delimitar esa participación, así como su alcance. No hay que olvidar que ya el 18 de julio de 1996, el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio (OMC), adoptó una serie de directrices clarificando el marco de relaciones con las ONG's, reconociendo que estas organizaciones privadas podrían desempeñar un buen papel a la hora de incrementar la conciencia social en relación con las actividades de la OMC. En consecuencia, la participación de esta sociedad civil en las actividades de la OMC fue en general bien acogida, aunque el tema más problemático estaba relacionado con la cuestión de saber hasta dónde podía o debía ir esa participación. Sobre este aspecto existe una división entre aquellos países, en general los desarrollados, más acostumbrados a implicar a la sociedad civil en el proceso nacional de decisiones, y los países en desarrollo que en general se mostraban mucho más dubitativos a la hora de incorporar a esas grandes ONG's en los procesos de adopción de decisiones a nivel internacional, como la WWF, Oxfam o Amnistía Internacional. Por eso, el reto era hacerles comprender que también había ONG's que incluían asociaciones profesionales, como los sindicatos o las asociaciones industriales que podían ser muy útiles para todos al poder aportar información, conocimientos y estudios de prospectiva que muchos Estados no tenían. Por ejemplo, no es lo mismo Oxfam que el Consejo Europeo de la Industria Química (CEFIC), que es la principal asociación comercial europea para la industria química. Fundada ya en 1959, su sede está en Bruselas, y ha continuado llevando a cabo sus actividades desde entonces a pesar de la creación de la Unión Europea y todo lo que esta implica<sup>38</sup>. Además, esto introduciría unos elementos de legitimidad importante<sup>39</sup>.

15. Desde hace ya varias décadas se viene estudiando con relativa asiduidad el papel fundamental que representan las empresas "transnacionales"<sup>40</sup>, aunque este fenómeno no es en realidad nada novedoso. No conviene olvidarse de la impronta de los Médicis o los Fugger aunque el gran desarrollo empezó tras la Segunda Guerra Mundial<sup>41</sup>. Como se sabe, en la actualidad las empresas son las grandes protagonistas en el mundo de las relaciones económicas internacionales y la sociedad económica inter-

<sup>38</sup> Esta asociación representa 29.000 empresas químicas europeas grandes, medianas y pequeñas, y su función es relacionarlas a nivel internacional y con las Instituciones europeas.

<sup>39</sup> Para más detalles sobre esta cuestión, cfr. P. VAN DEN BOSSCHE y I. ALEXOVILOVÁ, "Effective Global Economic Governance by the World Trade Organization", *Journal of International Economic Law*, vol. 8, 2005, n° 3, pp. 667-690, especialmente, pp. 680-683.

<sup>40</sup> Como se sabe, también ha sido muy común recurrir al término de "multinacionales" para referirse a estas empresas, término que ha sido, a pesar de los inconvenientes que presenta, el más utilizado. Una prueba fehaciente de la utilización de ambos términos la encontramos ya en los textos referentes a lo que se denominó en la década de los setenta el "nuevo orden económico internacional" no siempre muy bien comprendido por los jóvenes investigadores, a pesar de que desempeñó un papel importante. Y es que mientras que la Declaración sobre la instauración de un nuevo orden económico internacional [Resolución 3201 (S-VI), del 1 de mayo de 1974] utiliza en su párrafo 8, letra g) la expresión de sociedades (empresas) "multinacionales" la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados [Resolución 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974] utiliza en su art. 2, apartado 2, letra b) la expresión de sociedades "transnacionales". En el doc. E/AC.6L555, de 25 de julio de 1974, los países latinoamericanos impusieron el término "transnacional", aunque los documentos internacionales continuaron utilizando ambos términos.

<sup>41</sup> El fenómeno transnacional es algo ya muy antiguo. Existió en la Edad Media, continuó después durante los siglos XVII y XVIII, declinando durante los siglos XIX y principios del XX a causa de las doctrinas soberanistas, que excluían otros actores no estatales, aunque durante bastante tiempo eran consideradas como algo perteneciente al entorno del Estado, en el que este ejercía el poder predominante. El tema iba a evolucionar de una forma tal que las empresas van a ir adquiriendo una cierta capacidad de desafío al poder del Estado, o si este no es el caso, al menos sí que van a tener capacidad para crear sinergias que pueden llegar a poner obstáculos al uso del poder del Estado. A este respecto, cfr. J. FIELD y A. WILLIAM, "Transnationalism and the New Tribe", en KEOHANE y NYE (Ed.), *Transnational Relations and World Politics*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1972, pp. 3-22.

nacional no se entendería sin ellas<sup>42</sup>. No obstante, no conviene olvidar, que no siempre fue así, ya que durante varias décadas fueron el enemigo a abatir por los antiguos países del bloque comunista por considerarlas como pilares del “capitalismo”<sup>43</sup>, mientras que en los países surgidos tras la descolonización, su desconfianza era casi total, al verlas como un peligro para su soberanía.

En nuestra opinión, la terminología más correcta es la de “empresa transnacional”, por las dos razones siguientes. La primera es que el término “empresa” es más amplio que el de “sociedad” o que el término inglés de “corporation”. Asimismo conviene tener presente que una empresa puede pertenecer a un individuo o a una familia sin que forzosamente tenga que dotarse de una forma jurídica o social determinada. La segunda es que el término “multinacional” puede ser confuso en el sentido de que la composición de la dirección general de tales empresas es también multinacional, cosa que no suele ocurrir, al dirigir las actividades la casa matriz de una forma transnacional, es decir a través de las fronteras nacionales<sup>44</sup>. A nuestro entender hay que utilizar el término “transnacional” en el sentido dado por Jessup en su conocida obra *Transnational Law*<sup>45</sup>. Y es que este Profesor estadounidense, más tarde Juez de la Corte Internacional de Justicia, comprendió muy pronto, y quizás antes que nadie, lo artificial que resulta separar en estos ámbitos el Derecho internacional público y el privado. Por eso, en su “Derecho transnacional” englobaba todas las actividades de Estados, empresas e individuos que trascienden las fronteras de un Estado, mostrando con claridad la interrelación de todas esas actividades. Y es que para este autor estas relaciones transnacionales no estaban regidas por un nuevo ordenamiento jurídico, sino que algunas estaban regidas por el Derecho internacional, mientras que otras se regían por un Derecho interno o por varios ordenamientos jurídicos internos con los que entraban en contacto.

## V. Las dificultades a la hora de definir la empresa transnacional

16. La polémica en torno a las empresas transnacionales ha estado también presente a la hora de encontrar una definición adecuada, por lo que las definiciones propuestas han sido muy numerosas, aunque no siempre muy adecuadas a sus características. Y es que la doctrina internacionalista, pública y privada, viene ocupándose de estas empresas desde la primera mitad del siglo pasado, aunque el auge informativo tendría lugar en la segunda mitad del precitado siglo<sup>46</sup>. Sin embargo, el liberalismo comercial y económico implantado bajo la dirección de la OMC ha traído consigo que a la luz de la famosa globalización comercial, económica y financiera, estas empresas hayan encontrado un terreno abonado para alzarse con un poder nunca visto hasta ahora, y cuyas consecuencias afectan a diversos ámbitos jurídicos, y no solo a los ya conocidos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado, sino también a un mundo de organismos y agencias internacionales de difícil calificación jurídica, así como a los propios sistemas jurídicos internos. Además, si antes se hablaba casi exclusivamente de los choques entre los Estados y las empresas transnacionales, hoy en día ese choque también ha llegado a las Organizaciones internacionales.

<sup>42</sup> Esto ya se apuntaba con gran maestría en la obra de L. WILDHABER, *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*. Heidelberg, Karlsruhe, Müller, 1978, 496 p.

<sup>43</sup> Esto a pesar de que las organizaciones comerciales de los antiguos países denominados socialistas poseían también las características de estas empresas. A este respecto, cfr. *Rapport du Groupe de personnalités: Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales*, doc E/5500/Rév. 1, y ST/ESA/6, Naciones Unidas, 1975, p. 6.

<sup>44</sup> Cfr. J. FIELD y A. WILLIAM, “Transnational and the New Tribe”, op. cit. Véase también *L’entreprise multinationale face au droit*. Obra dirigida por Berthold Goldman y Ph. Frances Kakis, Paris, LGDJ, 1977, pp. 44-71.

<sup>45</sup> Cfr. PH. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, 113 p.

<sup>46</sup> Un ejemplo de esto que acabamos de afirmar son los numerosos cursos que se dedicaron a este tema en la Academia de Derecho internacional de La Haya. A este respecto, cfr. J. E. ALVAREZ, “The public international law regime governing international investment”, *Recueil des Cours*, T. 344, 2011, pp. 193-541; W. J. DAVEY, “Non –discrimination in the World Trade Organization”, *Recueil des Cours*, de l’Académie de Droit International de La Haye, T. 354, 2012, pp. 183 – 440; G. GAJA, “The protection of general interest on the international community. General course on public international law”, *Recueil des Cours*, T. 364, 2014, pp. 9-185; CH. DOMINICÉ, “La société internationale à la recherche de son équilibre. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, T. 370, 2015, pp. 9-392; E. BENVENISTI, “The Law of global governance”, *Recueil des Cours*, T. 368, 2014, pp. 47-279; M. J. BONELL, “The law governing international commercial contracts”, *Recueil des Cours*, T. 388, 2018, pp. 9-47 ; y F. MARRELLA, “Protection internationale de droits de l’homme et activités de sociétés transnationales”, op. cit., pp. 48-49.

17. La globalización ha sido considerada como una especie de estandarte de la libertad, interconectando lo nacional con lo internacional, requiriendo nuevas formas de gobernanza y de regulación. Este fue el objetivo del “Mini-Symposium on Multilevel Governance of Interdependent Public Goods”, en el que Erns-Ulrich Petersman indica que,

*“Globalization has entailed not only more freedoms than citizens have ever enjoyed; it also continues to make peoples’ lives ever more interconnected and ‘public’ (e.g. through the internet). In the process, local and national goods are increasingly transformed into international public goods, thereby requiring new forms of governance, regulation, and justification. The more these new private and public spheres (e.g. of globally integrated financial markets) lack adequate regulation and provoke systemic crises...”<sup>47</sup>.*

Para este autor, la crisis financiera de 2008, la crisis de deuda europea desde 2010, los incumplimientos de la Ronda de Doha y de las negociaciones sobre el cambio climático a nivel medioambiental, así como la pobreza de mil millones de personas en 2012 son cosas conocidas por todos que revelan los errores sistémicos del sistema westfaliano<sup>48</sup>. En estas circunstancias, resulta casi misión imposible encontrar una definición general y aceptada como tal a nivel universal; de ahí el numeroso elenco de definiciones que se pueden encontrar tanto en ciertos organismos internacionales, como a nivel doctrinal. Entre las definiciones más relevantes conviene apuntar que el Instituto de Derecho Internacional (IDI) ya abordó esta cuestión en su sesión de Roma, en donde el genial profesor Goldman sistematizó, el 7 de septiembre de 1973<sup>49</sup>, las eventuales definiciones de estas empresas conforme a los siguientes criterios: a) definiciones “operacionales” que ponen especialmente el énfasis en el hecho de que las empresas en cuestión ejercen lo esencial de sus actividades en uno o varios países distintos de aquel en que se encuentra su centro de decisión, es decir su casa matriz; b) definiciones “estructurales” referentes a aquellas empresas jurídicamente constituidas por la sociedad madre y por establecimientos o sociedades filiales que se encuentran en uno o en varios países diferentes del de la sede matriz, así como un grupo de sociedades vinculadas entre ellas por diferentes medios, sin que se pueda en realidad designar una de ellas como sociedad o sede matriz; y c) definiciones basadas en la nacionalidad de los dirigentes, e incluso en algunos casos de los detentadores de capitales, cuando estos pertenecen a distintas nacionalidades. El profesor Goldman se decantaba por el tipo de definiciones “estructurales” y ésta ha sido en teoría el que ha encontrado más eco en las Organizaciones internacionales.

Pero para el IDI, la cuestión de estas empresas continuaría estando presente en su sesión de Oslo de 1977, en donde se adoptó una resolución el 7 de septiembre, en la que se enumeran las principales características de estas empresas, análisis que, en general, puede resultar válido a día de hoy<sup>50</sup>. Es, sin embargo, en la sesión que tuvo lugar en Lisboa en 1995 cuando el IDI dará una definición tanto sobre la empresa multinacional, como sobre el concepto de “control”, elemento esencial en la definición<sup>51</sup>. Pero también hay definiciones de estas empresas hechas por Presidentes o Directores que dirigen estas empresas, como la del Presidente del Grupo Industrial Asea Brow Boveri<sup>52</sup>, quien en torno a la globalización, señaló que:

<sup>47</sup> Cfr. “Introduction and Overview: A Research Agenda for Making ‘Global Public Goods Theory’ more Policy Relevant”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, 2012, nº 3, pp. 709–719, p. 710.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> A este respecto, cfr. Institut de Droit International. Session de Rome, 7 septembre 1973, 2<sup>e</sup> Commission. *Entreprises multinationales*. Note du rapporteur en but de la réunion du 8 septembre 1973.

<sup>50</sup> Cfr. [www.idi-iiil.org](http://www.idi-iiil.org); Relator Bertold Goldman, Les entreprises multinationales.

<sup>51</sup> El IDI define la empresa multinacional como “... un groupe de sociétés opérant sous un régime de propriété ou de contrôle commun, et dont les membres sont constitués conformément à la loi de plus d’un Etat... S’il n’est pas exclu que des actions de sociétés... puissent appartenir à des détenteurs extérieurs à celle-ci, il reste qu’une caractéristique essentielle... réside dans la non-dispersion des actions des sociétés membres du groupe et dans l’exercice de la direction des sociétés, constituant l’entreprise multinationale par la société mère, soit au moyen d’un contrôle, direct ou indirect, des actions détenues, soit par un autre moyen”. Por otro lado define el concepto de control en los términos siguientes: “‘Contrôle’ est le pouvoir d’exercer une influence décisive sur l’activité d’une société, soit en nommant ses administrateurs ou ses principaux gérants, soit par tout autre moyen: l’entité de contrôle est une société ou une entité qui détient ou exerce le contrôle sur un autre membre du groupe de sociétés qui constitue l’entreprise multinationale. L’entité de contrôle n’est pas nécessairement la société-mère de l’entreprise multinationale.

<sup>52</sup> Como se sabe Brown Boveri & Cil (BBC) era un grupo suizo de ingeniería eléctrica, fundado en 1891 en Baden (Cantón de “Argovit”). Este grupo se especializó en tecnologías de generación de energía eléctrica y en automatización industrial, produciendo motores de corriente continua, alterna, generadores, turbocompresores, etc., y su tecnología se empleó en los sub-

*“Je définirai la globalisation par la liberté pour mon groupe d’investir où il veut, le temps qu’il veut, pour produire ce qu’il veut, en s’approvisionnant et en vendant où il veut, et en ayant supporté le moins de contraintes possibles en matière de droit du travail et de conventions sociales”<sup>53</sup>*

Otras definiciones más sucintas recogen lo esencial de los elementos que reúnen estas empresas, entre las que destacan las dos siguientes. La primera hace referencia expresa a que *“The multinational enterprise is a cluster of corporations of diverse nationality joined together by ties of common ownership and responsive to a common management strategy”<sup>54</sup>*. La segunda nos parece más completas, al tener en cuenta los problemas jurídicos que plantean estas empresas que se pueden calificar *“...como un conjunto de sociedades incorporadas independientemente en varios Estados, y actuando simultáneamente bajo diferentes leyes y jurisdicciones”<sup>55</sup>*. Y si decimos que sólo queremos dar las dos definiciones precitadas es porque hemos llegado a la conclusión de que, a causa de la complejidad que encierran estas empresas, su definición es – en definitiva – casi irrelevante...

## VI. Las empresas transnacionales como actores en la sociedad internacional

**18.** Desde hace años se viene hablando, sobre todo en el ámbito de las relaciones internacionales, de los actores que configuran e intervienen en dicho campo. Sin embargo, no siempre ha habido consenso a la hora de saber quiénes pueden ser considerados como tales ni tampoco sobre qué ámbitos específicos pueden actuar. Y es que la complejidad de las relaciones internacionales, añadido al “declive” del fenómeno estatal y la reducción importante de su influencia en muchos aspectos de la sociedad internacional, ha venido acompañado al mismo tiempo de un incremento notable de poder de otros actores no estatales al verse capaces de sacar provecho de dicha situación. Ni que decir tiene que entre dichos actores están las empresas transnacionales cuyo poder está más que demostrado tanto frente a los Estados, como frente a los individuos<sup>56</sup>. No es extraño ver cómo los Estados ceden a estas empresas parcelas de poder a cambio de inversiones. Es más, esta cesión de parcelas de poder económico se ha hecho incluso mediante una estrategia de acuerdos y cooperación con el Estado en cuestión, por lo que es en realidad el Estado el que se ha venido “autolimitando”<sup>57</sup>.

En estas circunstancias, no cabe duda de que las empresas transnacionales son auténticos actores de las Relaciones Internacionales, y disponen como medios de acción, según los casos, el control de recursos materiales sustanciales, naturales e intelectuales. Además, se establecen y actúan a través de las fronteras de los Estados con el fin de poder conseguir sus objetivos, llevando a cabo sus actividades al margen de las estructuras estatales, en particular, en todo aquello relacionado con la toma de decisiones y su acción exterior, sin descontar que en algunos casos actúan también en abierta oposición a los gobiernos. Por último, no conviene olvidar que sus intereses no están reñidos, en ocasiones, con aquellos de otros actores, sean empresas o no.

---

marinos alemanes de la Segunda Guerra Mundial. En 1988, se fusionó con la empresa sueca ASEA, dando así lugar al Grupo Asea Brown Boveri (Grupo ABB), cuya sede central está en Zúrich. La empresa opera en unos cien países.

<sup>53</sup> F. MARRELLA, “Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, op. cit., p. 52 y D. HOMAN, *Mondialisation excluant, nouvelles solidarités: soumettre ou démettre la OMC*, Paris, L’Harmattan, 2001, 155 p.

<sup>54</sup> F. VAGTS DETLEV, “The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law”, *Harvard Law Review*, vol. 83, 1969/1970, pp. 745-746.

<sup>55</sup> E. WHITE y C. CORREA, “El control de las empresas transnacionales y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados”, en J. CASTAÑEDA, *Derecho económico internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 177. Para otras definiciones, véase el Informe titulado *Les sociétés multinationales et le développement mondial...*, annexe II. Ver también M. SÁNCHEZ AYUSO, *Reflexiones sobre sociedades multinacionales y estabilización económica*, Universidad de Valencia, lección inaugural del curso 1973-1974. Para este autor, estas empresas son “sociedades que poseen, como mínimo, una filial en otro país”, *Ibid.*, p. 12.

<sup>56</sup> Como se sabe otros importantes actores son, aparte del Estado, las Organizaciones internacionales, las ONG’s e incluso el individuo. Sobre las ONG’s, cfr. M. ABAD CASTELOS, *¿Una alternativa solidaria frente a la barbarie? Las ONG’s en la nueva sociedad global*, Madrid, Cideal, 2004. De todas formas, cada vez más este elenco de actores se va ampliando al hilo del desarrollo y del papel que la llamada sociedad civil va teniendo a nivel internacional.

<sup>57</sup> A este respecto, cfr. L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad civil y Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 460 p., pp. 89 y ss.

19. Ante esta realidad, surge de nuevo el debate si las empresas, a pesar del peso y poder que representan en la esfera de las relaciones internacionales, son actores autónomos e independientes o si, por el contrario, son actores dependientes y subsidiarios de los Estados. Esta última tesis fue defendida en su momento tanto en algunos informes onusianos<sup>58</sup> como por parte de varios autores<sup>59</sup>, aunque con el tiempo pronto se ha visto que estas empresas son actores autónomos e independientes, ya que el papel y las funciones que desempeñan en la actualidad en el sistema internacional ha cambiado considerablemente, al poder elaborar su propia política casi sin cortapisas, consiguiendo sus objetivos mediante su enfoque y poder transnacional. A este respecto, hay que reseñar que la creación de la OMC, y la globalización comercial, económica y financiera, cuyos resultados los tenemos hoy en día más evidentes que nunca, con la liberalización como estandarte, han contribuido considerablemente a una expansión nunca vista anteriormente de estas empresas<sup>60</sup>. Y es que no hay que olvidar, como bien apunta la Profesora Esther Barbé, que las empresas transnacionales son un instrumento de la globalización, ya que en buena medida son ellas las que organizan y programan la producción mundial<sup>61</sup>.

Sin duda, la creación de la OMC ha supuesto cambios sustanciales en el ámbito del Derecho internacional, y no solo ya en el Derecho internacional económico<sup>62</sup>. Estos cambios han sido profundos y rápidos, como requería la “globalización”, pero además ha habido también cambios importantes en la gobernanza de las instituciones, sin olvidar un notable incremento de las actividades no gubernamentales, como ha sido el caso de las empresas transnacionales<sup>63</sup>. Conviene también apuntar que este tema de la globalización no se quedó solo en la OMC como algo puramente económico, sino que va más allá trascendiendo su alcance a otros foros y organizaciones internacionales, como es el caso de las propias Naciones Unidas. Significativo a este respecto son las palabras que pronunció el por entonces Secretario General de esta Organización, en abril del año 2000, a la hora de presentar el Informe de las Naciones Unidas sobre el Milenio a la Asamblea General, señalando que:

“... *The overarching challenge of our times is to make globalization mean more than bigger markets. To make a success of this great upheaval, we must learn to govern better, and-above all-how to govern better together. We need to make our States stronger and more effective at the national level. And we need to get them working together on global issues, all pulling their weight and all having their say*”<sup>64</sup>

La globalización no ha estado exenta de acerbos críticas por parte sobre todo de algunas ONG’s, al considerar que en algunos casos puede aumentar la pobreza. Oxfam, por ejemplo, ha sido una de las que ha levantado más la voz, sin ser por supuesto la única<sup>65</sup>. Pero a pesar de que la OMC se haya

<sup>58</sup> A este respecto, cfr. *Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales*, doc E/5500, rev. 1 ST/ESA/6, Naciones Unidas, Nueva York, 1974, pp. 27 y 50.

<sup>59</sup> Cfr. PH. BARRET, *Empresas multinacionales y división internacional del trabajo*, Salamanca, Sígueme, 1977, pp. 54-55; y A. TRUYOL Y SERRA, *La sociedad internacional*, Madrid, Alianza, 1977, 2ª ed., pp. 128 y ss.

<sup>60</sup> Sobre esta cuestión, cfr. C. D. WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control. Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2002.

<sup>61</sup> De esta autora, cfr. *Relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2ª edición, 2003, p. 197.

<sup>62</sup> Para un estudio sobre el papel de la OMC en la globalización. Cfr. P. VAN DEN BOSSCHE, y I. ALEXOVICOVA, “Effective Global Economic Governance by the World Trade Organisation”, op. cit., pp. 667-690. Para estos autores, pocos acontecimientos han sido tan deseados, aunque al mismo tiempo tan controvertidos como ha sido la globalización económica. Pero si los beneficios potenciales de la globalización son considerables, estos beneficios no serán del todo aprovechados hasta que no se regule cuidadosamente la gestión y la regulación de este proceso.

<sup>63</sup> Esta situación es expuesta sin rubor de ningún tipo por John A. Jackson, al considerar que “The last decade or so of the twentieth century and the first of the twenty-first century may not be the most challenging period for the generally accepted assumptions of International Law, but this period will certainly rank high on any such list. The growing depth, speed of change and adjustment required by ‘globalization’ accompanied by striking changes in government institutions, a remarkable increase in non-government activity and advocacy, an intense emphasis on market economic ideas and a backlash against them, have all chipped away at the relatively fragile (perhaps already rumbling) theoretical foundations of the International legal system as it has been generally accepted for centuries”. De este autor, cfr. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamental, of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 3.

<sup>64</sup> Cfr. *UN Press Release*, SG/SM/7343 GA (4705, 3 April 2000).

<sup>65</sup> Sobre esta cuestión, ver, por ejemplo, G. DE JONQUIÈRES, “Prime Target for Protest”, *Financial Times*, 24 September 1999. Este autor señala que la OMC es “patológicamente secretista, conspiradora e inexplicable para los Estados y sus electores”. Estas críticas continúan por parte de algunas ONG’s hoy en día, aunque quizás se hayan mitigado un poco.

convertido en una especie de “the potential to become a key pillar of globalization”<sup>66</sup>, otras organizaciones, como las de Bretton-Woods, o incluso la OIT, van a desempeñar un papel muy importante en la globalización, algo que ya señaló Joseph Stiglitz<sup>67</sup>, y que se ha visto claramente con la pasada crisis financiera internacional. Y es que la interdependencia que existen entre estas Organizaciones hace que se interrelacionen en muchos aspectos. Sin embargo, todo esto no ha impedido que muchos Estados hayan continuado estando aferrados a la teoría del concepto de Estado-nación, que no deja de ser a menudo disfuncional en la actual sociedad internacional<sup>68</sup>, ya que tienen que hacer frente a una serie de retos y dificultades que no son solo de índole económica *stricto sensu*, como la falta de seguridad, corrupción, falta de libertades, etc.

20. Basta con comparar el sistema comercial, económico y financiero de los años setenta y ochenta con el que tenemos en la actualidad, para apercibirnos de los elementos siguientes. Hace tan sólo unas décadas,<sup>69</sup> la economía mundial estaba en buena parte centrada ya en el mercado, pero dominada por los Estados, de forma que las empresas transnacionales no podían cambiar ni los mecanismos ni el engranaje del sistema económico internacional, por lo que sólo tocaban accesoriamente a la preponderancia estatal. En esas circunstancias, la empresa transnacional parecía ser una especie de agente económico del centro de decisión estatal. Todo esto ha ido, sin embargo, cambiando poco a poco, y en los últimos tiempos, se puede hablar ya de unas tres décadas, estas empresas han invadido todos los sectores importantes de producción y de servicios, constituyéndose en centros internacionales de decisión y con capacidad para poder establecerse a escala mundial al margen de los Estados<sup>70</sup>. Si antes estos actores no entorpecían la acción estatal, estando en gran medida bajo el control de los Estados, ahora se han vuelto incontrolables, pudiendo desafiar al sistema en su conjunto e incluso supeditarlos a sus intereses.

Ni que decir tiene que algo de esto ha ocurrido durante la actual crisis financiera, en la que los intereses en juego eran tan importantes, de forma que se ha tenido que venir en ayuda de algunas de estas empresas para intentar salvar el sistema<sup>71</sup>. Y es que estas empresas eran tan importantes para los sistemas económicos de algunos Estados que estos han tenido que venir en su ayuda para salvar los muebles que quedaban. Desde esta perspectiva, ya se sabe que el fenómeno de la concentración de estas empresas en los últimos años ha sido estremecedor de forma que, a pesar de que se hable de liberalismo económico y de libre mercado, lo que tenemos en realidad son grandes oligopolios en muchos sectores económicos y financieros a nivel mundial. A este respecto, conviene apuntar un dato relevante, como es la existencia

<sup>66</sup> Expresión utilizada por M.C. BRONKERS, “More Power to the WTO”, *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, n.º 1, pp. 1-41, p. 41, quien señala además que “... Whether one likes it or not, more and more issues can no longer be resolved domestically and if domestic measures are taken, they easily create conflicts with other jurisdictions... Examples are manifold health measures taken in one country can provoke anger in another country, even if these health measures do not discriminate between local and foreign goods... Fisheries practices of one country create environmental or economic concerns in other countries”, etc.

<sup>67</sup> A este respecto, este Premio Nobel de Economía, afirmaba que “...we have system that might be called global governance without global government, one in which a few institutions—the World Bank, the IMF, the WTO—and a few players—the finance, commerce, and trade ministries, closely linked to certain financial and commercial interests—dominate the scene, but in which those affected by their decisions are left almost voiceless. It’s time to change some of the rules governing the international economic order, to think once again about how decisions get made at the international level—and in whose interests—and to place less emphasis on ideology and to look more at what works”. J.E. STIGLITZ, “Global Public Goods and Global finance: Does global governance ensure that the Global Public Interest is served?”, en J.P. TOUFFLUT (Ed.), *Advancing Public Goods*, Paris, Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 149-154, p. 149. Véase también de este autor, *The Future of Global Governance*, Initiative for Policy Dialogue, Working Paper Series, Task Force on Global Governance, 2004, 16 p.

<sup>68</sup> Cfr. J.H. JACKSON, “International Economic Law: Complexity and Puzzles”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10, 2007, n.º 1 pp. 3-12, pp. 8-10.

<sup>69</sup> A este respecto, cfr. PH. LAURENT, “Les sociétés transnationales et les pays en voie de développement”, *Revue Projet*, n.º 105, 1976, pp. 509-530.

<sup>70</sup> Esta situación nos recuerda la que señaló Mohammed Bedjaoui en 1979, cuando comparó a las empresas transnacionales con las “compagnies à charte” de los siglos XVI, XVII e incluso XIX. Cfr. *Pour un nouvel ordre économique international*, UNESCO, 1979, p. 32.

<sup>71</sup> Como se sabe, la crisis financiera suscitó también ciertas críticas a las instituciones de Bretton-Woods. A este respecto, cfr. H.R. TORRES, “Reforming the International Monetary Fund-Why its Legitimacy is at Stake”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10 2007, n.º 3, pp. 443-460; F.J. GARCÍA, “Global Justice and the Bretton-Woods Institutions”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10 2007, n.º 3, pp. 461-481.

de grandes empresas transnacionales en varios países denominados ahora “emergentes”, entre los que hay que citar China y la India, pero también Brasil, México y en el ámbito de los recursos energéticos especialmente, Rusia.

21. La globalización ha constituido un elemento sumamente importante<sup>72</sup> para que las empresas transnacionales se pudieran abrir más al ámbito internacional<sup>73</sup>. Las empresas pueden desempeñar, y lo han hecho, un papel determinante en la organización de los intercambios comerciales, y no solo recurriendo a la ya conocida deslocalización de su producción<sup>74</sup>, o a la subcontratación, sino recurriendo a lo que se ha denominado la segmentación<sup>75</sup> que consta de tres variables.

La primera es el “comercio cautivo”, que se efectúa al interior de cada empresa por los intercambios de sus filiales con la sociedad matriz. Este volumen se calcula que representa un tercio del comercio mundial aproximadamente, como por ejemplo es el caso de las exportaciones en la Unión Europea, un poco más incluso en el caso de los Estados Unidos e incluso llega hasta la mitad en el caso de algunos países emergentes como Brasil o México. Aunque este comercio está registrado como intercambios internacionales, ya que traspasan las fronteras, en realidad se hacen en el seno de una empresa determinada. Esto requiere evidentemente una estrategia y una estructuración predeterminada en el seno de cada empresa<sup>76</sup>, permitiendo así que estos flujos no dependan de la oferta y la demanda, es decir, no son precios de mercado lo que acarrea que los beneficios obtenidos se redistribuyan entre las filiales extranjeras y la sociedad matriz, o incluso hacia un “holding” situado en un paraíso fiscal. Estos precios de transferencia son fijados discrecionalmente por las empresas, imponiendo una sobrefacturación a los productos y servicios que transfiere la sociedad matriz a sus filiales, mientras que a estas se les impone una subfacturación en sus ventas a la sociedad matriz, reduciendo así las cargas fiscales de las sociedades matrices. Como ya se ha señalado, en ninguna otra faceta del comercio internacional, el papel de las empresas transnacionales ha sido tan importante en la organización de los intercambios comerciales internacionales como en este<sup>77</sup>.

La segunda hace referencia al comercio mundial que llevan a cabo las empresas transnacionales con empresas nacionales, y aquí los intercambios se llevan a cabo según la oferta y la demanda de cada producto. Sin embargo, en esta clase de situaciones el mercado es “imperfecto”, pues las empresas transnacionales se sitúan o bien en posición de “oligopolio” o de “oligopsonio”<sup>78</sup>. Son conocidos los oligopolios en casos como los mercados agrícolas desde hace ya mucho tiempo, así como los efectos que han tenido en la volatilidad de los precios de los productos alimenticios en 2007/2008, por ejemplo, pero ocurre también en algunos productos minerales básicos como el cobre y el estaño, y últimamente en el comercio de los ordenadores, etc. Sin embargo, en este caso las empresas transnacionales no controlan este comercio porque no lo interiorizan, aunque se lleva a cabo sin competencia internacional.

La tercera variable consiste en reconocer que un tercio del comercio internacional se realiza sin participación de empresas transnacionales, al llevarse a cabo entre empresas nacionales de un país y de otro. Es evidente que estas empresas no suelen ser de gran dimensión y llevan a cabo su comercio en

<sup>72</sup> J.L. MUECHIELI, *La mondialisation 2008-2009 (Chocs et mesures)*, Paris, Hachette, 2008, 330 p. Este autor expone de una forma clara y precisa los choques que supone la actual mundialización tanto sobre el individuo como sobre los intercambios comerciales sobre el mercado de capitales, sin olvidar los tecnológicos. Pero no traza solo la actual mundialización, sino las anteriores, como la mediterránea, la atlántica en 1492 con el descubrimiento de América, las revoluciones industriales, etc.

<sup>73</sup> H. GHERARI y T. KERBRAT (Dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, Paris, Pedone, 2010, 240 p.

<sup>74</sup> L. FONTGNÉ, y J.H. LORENZI, *Désindustrialisation, délocalisation*, Paris, La Documentation Française, 2005, 400 p. ; R. M, LEMESLE, “La délocalisation off-shore. Que sais-je?”, Paris, PUF, 1995, 127 p.; F. LUENGO ESCALONILLA (Ed.), “Deslocalizaciones empresariales en la Unión Europea: Impacto sobre el mercado interior, escenarios y estrategias”, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2009; y “Las deslocalizaciones internacionales. Una visión desde la economía crítica”, Documentos de Trabajo, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, n° 4, 2010, 31 p.

<sup>75</sup> S. W. ARND, y H. KIERZKOWSKI (Eds.), *Fragmentation: New Production Patterns in the World Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2000 272 p.

<sup>76</sup> C. MERCIER-SUISSA y C. BOUVERET-RIVA, *L'essentiel des stratégies d'internationalisation des entreprises*, Paris, Gualino, 2007, 128 p.; M. RAINELLI, *Les stratégies des entreprises face à la mondialisation*, Caen, Eds. Management Société, 1999, 111 p.

<sup>77</sup> A este respecto, cfr. W. ANDREFF, “Le rôle des entreprises dans l'organisation mondiale des échanges”, en H. GHERARI y Y. KERBRAT (Dir.), *L'entreprise mondiale dans la société internationale*, op. cit., pp. 47-72.

<sup>78</sup> Oligopolio existe cuando pocas empresas ofrecen un determinado producto, y sin embargo hay muchas que los demandan. Oligopsonio es justamente lo contrario, muchas empresas ofrecen un producto y pocas empresas transnacionales lo demandan.

condiciones de gran competencia internacional en muchos casos. Así las cosas, es evidente que para las empresas transnacionales no es difícil pasar del comercio internacional a la inversión, ya que esto último les permite seguir manteniendo el primero en condiciones beneficiosas, al invertir en general creando filiales que serán propiedad de la empresa inversora.

**22.** Por mucho que se haya insistido en que la crisis financiera de 2008 tiene su origen en las hipotecas “subprime” de los Estados Unidos primero, y de Europa después, algún autor, como Thomas Cottier, ha ido más lejos, al señalar que dicha crisis financiera es también una crisis de las ciencias sociales, particularmente del Derecho, aunque también de la teoría en torno a las ciencias económicas e incluso de las relaciones internacionales<sup>79</sup>. A este respecto, este autor manifiesta los errores cometidos al no aplicar una estricta disciplina de fragmentación y de especialización, aunque también por no haber aplicado correctamente una cierta interdisciplinariedad. Sin embargo, esta crisis puede tener al fin y al cabo como efecto positivo el de ofrecernos una posibilidad para repensar y mejorar el sistema económico internacional y sus instrumentos normativos. Para mejorar la situación Thomas Cottier indica que el Derecho internacional económico en general, tiene que hacer frente a los retos siguientes: a) hay que debatir sobre la relación entre el Derecho internacional económico y sus necesidades más imperiosas, ya que hay que reconocer que los patrones existentes a nivel financiero y monetario internacionales no reflejan las complejidades del mundo de hoy, a pesar de que se hayan hecho algunos retoques puntuales; b) hay que debatir sobre los problemas horizontales de la fragmentación y del funcionalismo de las Organizaciones internacionales y su marco competencial, ya que una parte muy importante del Derecho internacional es, al fin y al cabo, económico<sup>80</sup>; c) el Derecho internacional económico continúa haciendo frente al reto de una apropiada asignación vertical de poderes; d) hay que examinar la necesidad de debatir unas estructuras legales tanto a nivel de la investigación como de la enseñanza; y e) necesitamos repensar las prioridades en la investigación y el papel que tiene que desempeñar en la política internacional, ya que la crisis cogió a muchos con el paso cambiado.<sup>81</sup>

**23.** Que las empresas transnacionales son actores económicos internacionales es, pues, incontestable. Pero estas empresas son también actores políticos, no sólo por una determinada acción en relación con un gobierno<sup>82</sup> sino porque en muchos casos recurren al poder político para modificar los elementos de poder bien sea de los Estados o de otros actores. A este respecto, no es extraño que en muchas ocasiones se haya hecho alusión a expresiones como “poderes privados transnacionales” o “centros internacionales de decisión”, expresando así su poder. Estas empresas van generando así un poder con capacidad para alterar la política de algunos Estados, desarrollando al mismo tiempo su propio sistema de relaciones internacionales al lado del de las relaciones interestatales<sup>83</sup>.

Algo de esto se ha reprochado a China y a sus empresas en el continente africano y en los países iberoamericanos, pero no es una especificidad de las empresas chinas ni de la República Popular de

<sup>79</sup> Cfr. TH. COTTIER, “Challenges Ahead in International Economic Law”, *Journal of International Economic Law*, vol. 12, 2009, n.º.1, pp. 3-15, p. 12.

<sup>80</sup> Para este autor, “The law of permanent sovereignty of natural resources, the law of the sea, environmental law, the law of human rights and the laws of war are all ultimately linked to economic interests, and cannot be separated from economic law strictly speaking, even if a narrow definition is adopted. Cfr. *Ibid*, p. 13.

<sup>81</sup> *Ibid*, pp. 12-15. Respecto con una nueva asignación vertical de poderes, véase también, J. H. JACKSON, “Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept”, *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 782-802. Este autor considera que “... ‘The core sovereignty’ concepts, which mostly involve the nation-state’s monopoly of power and its logical derivative of state consent requirements for new norms, the power allocation analysis, when explored more profoundly, can help overcome some of the ‘hypocrisy’ and ‘thought-destructive mantras’ surrounding these concepts so that policymakers can focus on real problems rather than myths”, p. 800.

<sup>82</sup> Como se sabe, en algunos casos han estado presentes en la vida política de un país llevando a cabo determinadas acciones de corrupción o apoyando a un partido político de una determinada ideología del que esperaba después obtener beneficios, etc.

<sup>83</sup> Cfr. CH. ZORGBIBE, *Les relations internationales*. Paris, PUF, 1977, p. 91. Véase también CH. TUGENDHAT, *Las empresas multinacionales*, Madrid, Alianza, 1973, p. 259. Este autor recoge en su obra (p. 19) unas declaraciones del Director de Nestlé, Max Gloor, quien señaló el 10 de julio de 1968, lo siguiente: “No se nos puede considerar ni como puramente suizos, ni como puramente multinacionales, esto es, como pertenecientes al mundo en general, si es que existe tal cosa. Somos probablemente una cosa intermedia, una raza aparte. En una palabra, tenemos la ciudadanía de Nestlé”.

China, pues esto se ha hecho desde tiempo inmemorial. En nuestra opinión, los reproches a China encubren algo que es una evidencia, y es que China no es lo que fue, sino mucho más, algo que a muchos les cuesta admitir<sup>84</sup>. En efecto, hay que reconocer que el peso de China en el comercio internacional se ha incrementado de una forma exponencial, a pesar de las dificultades, y superado los pronósticos más optimistas, como lo demuestran las siguientes cifras. En 1978, China representaba menos del 1% del comercio mundial. En el año 2000, su porcentaje ya subió al 3%, es decir, triplicó su participación en relación con el año 1978, pero todavía lejos de ser un país muy importante. Pero su entrada en la OMC, el 11 de diciembre de 2001, pasando así a ser el 143 Miembro de esta Organización le permitió avanzar a pasos agigantados, y supuso que su participación en el comercio internacional se incrementara un 300% en tan solo una década, convirtiéndose así en el primer exportador mundial ya en 2013<sup>85</sup>. Es más, dependiendo de los criterios que se utilicen, la economía china sería la segunda potencia económica mundial, lo que es hoy generalmente aceptado o incluso la primera si se utiliza el poder de compra<sup>86</sup>. Esto ha supuesto importantes retos a las otras potencias comerciales mundiales, que han reprochado a China recurrir a un capitalismo de Estado y de Partido (el Partido Comunista Chino). Sin embargo, la proeza económica china es interpretada y justificada por su peculiar estructura económica en la que participan no solo el Estado y el Partido Comunista, sino también las empresas públicas y privadas. Este sistema ha generado continuas fricciones entre China y otras potencias comerciales como los Estados Unidos, la Unión Europea o Japón, pero no se señala tanto otros hechos como que los cuatro bancos más grandes del mundo son chinos, siendo además el país que tiene más bancos entre los cien más grandes del mundo. También es el segundo país que tiene el número de empresas cuya riqueza es mayor, entre las 500 empresas más grandes del mundo, y otros muchos elementos que han hecho de este país una potencia económica y comercial mundial en toda regla.

**24.** Hay que poner de relieve además que en muchas ocasiones las empresas transnacionales pueden crear en su seno un régimen de “lealtades” no sólo distinto del Estado sino incluso antinómico. Al tener un “centro de decisiones” unificado a nivel mundial van a elegir los objetivos sin tener en cuenta los intereses de los Estados, imponiendo así su disciplina a las filiales. Es más, esto es algo que forma parte de la propia psicología de estas grandes empresas, como lo revelan las palabras de muchos de sus dirigentes cuando amenazan de lo que hoy se denomina “deslocalización”, fenómeno, que como se sabe no es nuevo, pero que se ha desarrollado considerablemente con la globalización. Se puede decir, pues, que estas empresas buscan su propio interés, que es un interés “desnacionalizado”, y que no es ni más ni menos que el logro de sus objetivos. Para ello, estas empresas se han dotado de un poder transnacional con las características siguientes: centro de decisión internacional; capacidad para transferir bienes, recursos financieros y tecnología; poseen un alto grado de competitividad, con un *savoir faire* en algunos casos exclusivo o casi exclusivo; tienen su propia diplomacia para llevar a cabo su “política exterior”, con gran capacidad de propaganda; y pueden crear alianzas bien con Estados o con otras empresas si lo consideran bueno para sus intereses. Pocas cosas, pues, se dejan a la improvisación.

**25.** Ni que decir tiene que el entorno del que hoy disfrutan estas empresas se debe en gran medida a la seguridad jurídica que ha dado hasta el momento la OMC. Decimos hasta el momento, porque como se sabe algunos líderes mundiales han adoptado algunas medidas que socavan sin lugar a dudas los pilares del sistema, aunque todavía sin romperlo. Y es que el sistema de la OMC ha demostrado una robustez tal que le ha permitido superar la crisis financiera del año 2008 y siguientes sin grandes desajustes, a pesar de la gravedad que encerraba en muchos aspectos. Las empresas transnacionales comerciales, no tanto

<sup>84</sup> No hay que olvidar tampoco la compra por parte de empresas chinas de grandes compañías europeas, como, por ejemplo, la ex-suiza Novartis, hoy en manos chinas.

<sup>85</sup> Sobre la adhesión de China a la OMC, cfr., Y. GUCHUA y CH. JIN, “The Process of China’s Accession to the WTO”, *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, n° 2, pp. 297-328; R. BERMEJO GARCÍA y L. SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, “La adhesión de China a la Organización Mundial del Comercio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 53, 2001, n° 1-2, pp. 686-692.

<sup>86</sup> A este respecto, cfr. M. WU, “The ‘China Inc.’ Challenge to Global Trade Governance”, *Harvard International Law Journal*, vol. 57, 2016, pp. 1001-1063. Este estudio explica con sumo detalle las particularidades de la economía china, así como su evolución hasta la actualidad.

las bancarias y financieras, han sobrevivido relativamente bien a la crisis<sup>87</sup>, a pesar de las medidas proteccionistas adoptadas por algunos países, y las restricciones comerciales que muchos Estados se han visto obligados de adoptar debido a la crisis de la deuda y a la falta de financiación. Por ello, no han faltado autores que han puesto de relieve que a pesar de la gravedad de la crisis, el sistema ha funcionado, y los efectos negativos que se han producido han sido absorbidos en condiciones mucho mejores que durante la Gran Depresión producida en 1929. Tal es el caso de Brendan Ruddy, al señalar que:

*“What the note finds is that pressures to implement trade restrictive measures are indeed widespread in the current crisis, similar to Great Depression. However, in spite of these protectionist pressures, recently implemented trade restrictive measures differ from those in the Great Depression as they are narrower in scope and duration, and are generally compliant with states obligations under a multilaterally negotiated trading system that provides an organized procedure for resolving disputes, the WTO... This difference signals the importance of the WTO and the rule-oriented system it has engendered in international trade relations”*<sup>88</sup>.

Para este autor, la OMC ha pasado pues el test de estrés de la crisis de 2008, al no recurrir los Estados a políticas proteccionistas rampantes como se hizo en 1929.

**26.** Ya hemos apuntado varias veces que las empresas transnacionales se han desarrollado considerablemente con la globalización, pero también hay que señalar que ellas han sido también *motores* de la propia globalización. Sin duda, el mundo actual sería completamente distinto sin estas empresas transnacionales. Si tan sólo hace unas décadas eran puestas en entredicho por las propias Naciones Unidas por los riesgos económicos y políticos que parecían plantear, de ahí el proyecto de elaborar un ambicioso “código de conducta” que regulara sus actividades<sup>89</sup>, hoy en día los Estados luchan por atraer sus actividades e inversiones, convirtiéndose así las empresas transnacionales no sólo en agentes pura y simplemente económicos, sino también sociales. No hay que olvidar que las decenas de miles de empresas transnacionales que hay en el mundo son las que canalizan casi la totalidad de las inversiones directas, que siguen siendo hoy en día su principal punto de atracción. Es más a pesar de los problemas que ha planteado la actual crisis financiera a algunas de estas empresas, como la General Motors o Ford, sin contar las ayudas a otras muchas, sobre todo entidades bancarias, su poder no ha disminuido, sino todo lo contrario, ya que tales empresas, al ser un motor para el desarrollo económico y social, constituyen un elemento muy positivo también para los individuos y su bienestar<sup>90</sup>.

Todo esto manifiesta las peculiaridades de la actual sociedad internacional, en las que la arquitectura del orden westfaliano ya no es la única, y quizás tampoco la mejor, para resolver determinados problemas. Cuando se tratan estos temas de los actores no estatales, las referencias al orden westfaliano son constantes, y estas referencias suelen tener en común críticas inherentes a ese sistema, sobre todo desde el prisma del Derecho internacional económico. Y es que en el ámbito económico internacional, el sistema westfaliano ya lleva más de un siglo desfasado, profundizándose, eso sí, las diferencias entre ese sistema y la sociedad actual en aspectos económicos<sup>91</sup>. En nuestra opinión, el hecho de que el sistema westfaliano sea criticable y no esté adoptado a las necesidades del orden económico internacional actual no significa que dicho sistema no haya cumplido con sus funciones. La evolución de la sociedad inter-

<sup>87</sup> Cfr. B. DE MEESTER, “The Global Financial Crisis and Government Support for Banks: What Role for the GATS?” *Journal of International Economic Law*, vol. 13, 2010, n.º.1, pp. 27-63.

<sup>88</sup> Cfr. B. RUDDY, “The Critical Success of the WTO: Trade Policies of the Current Economic Crisis”, *Journal of International Economic Law*, vol. 13, 2010, n.º. 2, pp. 475-495, p. 476.

<sup>89</sup> Para un análisis detallado de este problema, cfr. S. GARELLI, *Vers un code de conduite internationale à l'intention des sociétés transnationales*. These, Université de Lausanne, Ecole des Hautes Etudes Commerciales. Zürich, Juris Druck & Verlag, 1977, 193 p.

<sup>90</sup> Cfr., S. R. RATNER, “Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility”, *Yale Law Journal*, vol. 111, 2002, n.º.3, pp. 443-545, p. 462.

<sup>91</sup> Por ejemplo, véase A. VAN AAKEN, “Behavioral International Law and Economics”, *Harvard International Law Journal*, vol. 55, 2014, pp. 421-481. Esta autora deja claro que “Following the traditional international law assumptions that have prevailed ever since the Westphalian Peace, the nation-state has mostly been analysed as a unitary actor, or what has been described as a ‘black box’ state”, p. 425.

nacional no implica que los anteriores sistemas económicos, jurídicos o políticos haya que valorarlos exclusivamente a la luz del contexto actual.

27. No hay que olvidar que todo lo relacionado con los aspectos económicos internacionales difiere considerablemente lo nacional de lo internacional. Y es que si a nivel nacional el liderazgo, la legitimidad y la eficiencia están en las mismas manos, es decir, en las manos del gobierno, a nivel internacional es mucho más complejo: “*Who is the leader? Can legitimacy be assured by other means than citizens voting in a ballot? Are specialized international organizations, which are scattered all over the place, efficient? No wonder; under such circumstances, that building coherent global governance is a real challenge!*”<sup>92</sup>. Si se llega a articular estos tres elementos a nivel global, tendríamos un “triángulo de coherencia”. Por una parte, estaría el G-20, sustituto del G-8, que tendría el liderazgo político. Por otra, las Naciones Unidas, sobre cuyos pilares se establecería el marco de la legitimidad. Y en tercer lugar, las Organizaciones internacionales que darían pericia e insumos especializados con sus normas, políticas o programas<sup>93</sup>.

En estas circunstancias, hay que recalcar además que dentro del ámbito onusiano también se ha querido reforzar el papel que pueden desempeñar estas empresas en los objetivos de la Organización. Tal es el caso de la Declaración del Milenio<sup>94</sup> en cuyo párrafo 20 se decide “establecer sólidas formas de colaboración con el sector privado y con las organizaciones de la sociedad civil en pro del desarrollo y de la erradicación de la pobreza”<sup>95</sup>. Algo similar ocurre en otras esferas como en materia de derechos humanos, en donde la antigua Comisión de Derechos Humanos, consideró en la Resolución 2002/28, de 22 de abril de 2002<sup>96</sup> que aunque sea el Estado el que tiene la responsabilidad a la hora de defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial, en el esfuerzo por que la globalización se guíe por el respeto a los derechos humanos se han de incluir no solo a los órganos de derechos humanos sino al resto de instituciones internacionales y *sobre todo* al resto de actores en la esfera global, incluyendo a las empresas transnacionales<sup>97</sup>. Lo mismo ocurre con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas<sup>98</sup> e, incluso, el propio Secretario General quienes han considerado oportuno reforzar de forma general el partenariado con el sector privado<sup>99</sup>, estrategia que no es del agrado de todos. Es

<sup>92</sup> Cfr. P. LAMY, “Global Governance: From Theory to Practice”, op. cit., p. 722.

<sup>93</sup> *Ibid*, p. 724.

<sup>94</sup> A este respecto, cfr. Doc. A/55/2, de 8 de septiembre de 2000.

<sup>95</sup> En realidad, algo de esto ya estaba presente en la configuración de la ayuda pública al desarrollo, cuando las Naciones Unidas recomendaban conceder al lado del 0,7 % de ayuda pública al desarrollo un 1 % de ayuda privada, cifras que, como se sabe, siguen para muchos países pendientes, incluido el nuestro.

<sup>96</sup> Esta Resolución lleva por título “la mundialización y sus consecuencias sobre el pleno disfrute de los derechos humanos”.

<sup>97</sup> La cuestión de la protección de los Derechos Humanos no se iba a plantear exclusivamente en el foro onusiano, sino también en el ámbito de la OMC, y no solo por la Declaración del Milenio. A este respecto, Ernst-Ulrich Petersman ya avanzaba a principios de este siglo que “(The) WTO dispute settlement bodies should take seriously their obligation under general international law and also under WTO law to take into account universal human rights in the interpretation of WTO rules... WTO law already protects rule-of-law and compulsory adjudication in a more effective manner than other worldwide treaties, including the UN human rights covenants with their inadequate enforcement systems. Integrating human rights law and WTO law offers legal synergies for beyond trade and economic relations”. E.U. PETERSMAN, “Human Rights and International Economic Law in the 21<sup>st</sup> Century. The Need to Clarify their Interrelationship”, *Journal of International Economic Law*, vol. 4, 2001, n.º.1, pp. 3-39, pp. 37 y 39. No conviene olvidar tampoco que ya en 1999, en un foro privado, como es el Foro económico mundial de Davos, en donde los mejores intervinientes no salen casi en los medios, reservados a los políticos, cuyos conocimientos no suelen ser en general muy pormenorizados, el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, lanzó la Iniciativa de un Pacto mundial con las empresas transnacionales para promover unas prácticas comerciales basadas en una serie de principios reconocidos universalmente para contribuir a un comercio internacional más estable, más equitativo y más absorto, en el que las empresas transnacionales se comprometen a aplicar diez principios, todos ellos relacionados con los Derechos Humanos, bien sean estos civiles, económicos y sociales, e incluso medioambientales. Para más detalles, cfr. F. MARRELLA, “Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, op. cit., pp. 68-70. A pesar de que se trate de *soft law*, es un paso importante en esta materia. Para un estudio muy pormenorizado sobre las actividades de las empresas transnacionales en materia de Derechos Humanos y de protección del medio ambiente, cfr. J.E. ESTEVE MOLTÓ, “La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2016, n.º. 32, 38 p.

<sup>98</sup> Sobre este último aspecto, cfr. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, doc E/CN.4/2005/91, de 15 de febrero de 2005, pár. 24.

<sup>99</sup> A este respecto, cfr. doc. A/60/214, de 10 de agosto de 2005.

más, algunos propugnan incluso implicar a las empresas transnacionales en actividades de prevención de conflictos, mantenimiento de la paz y operaciones post-conflicto, aunque esperemos que en estos casos, al menos, sea sin ánimo de lucro<sup>100</sup>. Claro que si algunas empresas transnacionales no sólo proveen la manutención a las fuerzas armadas acuarteladas, sino también en operaciones bélicas ¿por qué no van a poder ocuparse igualmente de estos temas? El fenómeno de la “externalización” ya lo tenemos presente en muchos ámbitos, y en algunos casos los únicos que pueden prestar ciertos servicios son estas empresas, lo que nos demuestra que cada vez refuerzan más ese papel de “actor” a nivel internacional.

28. En pleno auge de la globalización, es evidente que las empresas transnacionales pueden implantarse allí donde vean que las condiciones son más ventajosas. En realidad, esto casi siempre ha sido así, aunque la diferencia entre antes de la globalización y ahora es el nivel mayor de liberalización que se les ha proporcionado y el ámbito geográfico a donde poder llevar sus actividades y sus centros de producción. En este marco, las empresas, que buscan, como es normal optimizar sus beneficios, están en la actualidad en mejores condiciones para elegir cómo y dónde establecer sus centros de producción, adoptando así las estrategias financieras, fiscales o sociales pertinentes, una vez examinadas las ventajas comparativas que les proporcionan los diferentes Estados. Esto no quiere decir forzosamente que estas empresas no se preocupan de los intereses o del desarrollo de los Estados en donde se instalan<sup>101</sup>, aunque es sabido que en determinados casos se han aprovechado de Gobiernos corruptos o de Estados con legislaciones poco respetuosas tanto con los derechos humanos, civiles o económicos y sociales, pero también medioambientales. No se puede pretender que las empresas transnacionales tengan que adoptar estrategias económicas para favorecer el desarrollo de los países de acogida, cuando estos han adoptado proyectos inviables económicamente; tal pretensión sería totalmente utópica, pues si las empresas transnacionales estuvieran sin más al servicio de los Estados, no serían ni empresas y menos transnacionales. Y es que la política de desarrollo de un país es competencia del Gobierno de ese Estado, que es el que la adopta.

## VII. Las empresas transnacionales: ¿sujetos de Derecho internacional?

29. La cuestión de la subjetividad internacional siempre ha sido un tema escurridizo desde hace tiempo, aunque en las últimas décadas ha estado presente en la doctrina internacionalista a la luz de la importancia que han venido adquiriendo ciertos actores no estatales en la sociedad internacional<sup>102</sup>. El reto no es baladí, pues se trata ni más ni menos de profundizar en la subjetividad internacional para descubrir quiénes son los sujetos del Derecho internacional, lo que suscita, como ha señalado Elène Ruiz-Fabri muchos interrogantes<sup>103</sup>. Hay que reconocer que en las últimas décadas, los actores no estatales son cada vez más activos en las Relaciones Internacionales, de forma que algunos se han atrevido a señalar que estamos

<sup>100</sup> Para más detalles sobre esta cuestión, cfr. J. OETREL, K. GETZ, y S. LADEK, “The Role of Multinational Enterprises in Responding to Violent Conflict: A Conceptual Model and Framework for Research”, *American Business Law Journal*, vol. 44, 2007, nº 2, pp. 331-358.

<sup>101</sup> A este respecto, el Profesor Mahiou tiene una visión más pesimista, al insistir en que estas empresas no se preocupan a la hora de establecer sus actividades y estrategias de los planes y proyectos de desarrollo de los Estados de acogida. Es más, para este autor “Les sociétés transnationales sont en mesure de réaliser des planifications internes indépendantes de la politique nationale d’un Etat et même en contradiction avec elle, sans que celui-ci puisse disposer de moyens d’action a leur égard, car les ramifications externes sont hors de son pouvoir souverain...”. Cfr. A. MAHIU, “Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité : cours général de droit international”, *Recueil des Cours*, T. 337, 2008, pp. 9-516, pp. 264-265.

<sup>102</sup> Cfr. TH. MARGUERITTE, y R. PROUVÉZE, “Le droit international et la doctrine saisis par la fait: La diversification des sujets du droit international sous l’effet de la pratique”, *Revue québécoise de droit international*, 2016, pp. 159-189.

<sup>103</sup> A este respecto, esta Profesora de la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne indica que: “Mettre les sujets du droit international en catégories... L’exercice peut sembler banal (il l’est par de nombreux aspects). Il est très commun de raisonner en catégories, y compris en droit, si bien que chacun, à l’énoncé d’un tel sujet, dispose d’une réponse presque intuitive. On pense à l’Etat, aux organisations internationales, aux personnes privées. Mais, très vite, viennent les interrogations. Il suffit de parler des peuples, de minorités, de communauté internationale, voire, pourquoi pas, de générations futures, ou encore de groupes terroristes pour qu’apparaisse une impression d’incertitude. Peut-être une mise en catégorie peut-elle aider à mettre un peu d’ordre et à voir un peu plus clair”. E. RUIZ-FABRI, “Les catégories de sujets du droit international”, en *Le sujet en droit international: Colloque du Mans*, SFDI, Paris, Pedone, 2005, pp. 55-72, p. 55.

ante una edad de oro de estos actores<sup>104</sup>, algo que ha venido a corroborar también el por entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan en su conocido programa para la reforma de las Naciones Unidas<sup>105</sup>. Y es que todos estos grandes actores no estatales, y sobre todo las “empresas transnacionales”, están cada vez más presentes en la vida cotidiana de la sociedad internacional. Por ello no es de extrañar que ya en los años setenta no hayan faltado autores, como el Profesor Pierre Vellas, quien ya apuntaba en 1974 que el reconocimiento de determinados derechos y obligaciones en el orden jurídico internacional a las empresas transnacionales impulsaría su calidad de sujeto de Derecho internacional, otorgando así cada vez más signos de lo que puede ser una capacidad jurídica a nivel internacional<sup>106</sup>. Sin embargo, la cuestión de la subjetividad internacional de estas empresas seguiría estando presente en los debates jurídicos a nivel internacional, incluso con cierto humor. Como ha señalado muy certeramente el Profesor Vaughan Lowe,

*“Throughout most of the twentieth century the traditional view was, as it was put in early editions of Oppenheim’s International Law, that public international law is a ‘law between States only and exclusively. If that was ever true, it is plainly no longer true... But the face behind the mask is a constant in international life, and in some ways not the most important aspect of this matter. More important are those circumstances in which companies are the overt actors within the international legal system”*<sup>107</sup>.

Este pensamiento va a estar siempre presente a la hora de analizar la capacidad jurídica y su personalidad para saber si pasan el umbral que es necesario para que puedan ser consideradas como sujetos de Derecho internacional.

**30.** El tema de la subjetividad internacional de las empresas transnacionales es complejo, debido no solo a las características que encierran en sí mismas estas empresas, sino también al hecho de que la subjetividad va a estar sometida al principio de relatividad de los sujetos, es decir, que ser sujeto en un orden jurídico determinado no presupone nada su estatuto en otro. Desde esta perspectiva, los sujetos van a estar sometidos al orden jurídico que les reconoce, tanto en cuanto a derechos como a obligaciones. Acabamos de señalar que la cuestión de la subjetividad internacional siempre ha sido problemática, pero hay que matizar, que salvo para el Estado, que es el sujeto por antonomasia del Derecho internacional, de ahí que siga siendo un tema recurrente hoy en día, a pesar de que el círculo de sujetos de Derecho internacional se haya ampliado. A pesar de ser real esta ampliación, no siempre se ha considerado por algunos como suficiente, de ahí que se siga reivindicando todavía para algunos de esos actores relevantes de la sociedad internacional, entre los que se encuentran por su importancia las empresas transnacionales. Y es que el concepto de “sujeto” está en el corazón del Derecho internacional, por utilizar la expresión de Michel Cosnard al introducir en 2004 el Coloquio de la Sociedad Francesa para el Derecho internacional que tuvo lugar en le Mans consagrado exclusivamente a esta cuestión<sup>108</sup>. Y es que cualquier sistema jurídico necesita actores y sujetos para poder considerarse como tal, siendo el sujeto el que sobre todo va a actuar en el marco de ese sistema. Así se puede afirmar que se ha pasado de una concepción restrictiva a una más amplia<sup>109</sup>, en la que para ser considerado como sujeto de Derecho internacional bastaría con poder invocar derechos a nivel internacional o ser responsable por haber violado alguna norma internacional<sup>110</sup>. Es lo que se denomina subjetividad internacional activa, en el

<sup>104</sup> Cfr. J. T. MATHEWS, “Power Shift”, *Foreign Affairs*, 1997, p. 50; J. E. NIJMAN, *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*, The Hague, TMC Press 2004, 512 p., pp. 2 y 9.

<sup>105</sup> Cfr. Doc A/51/950, párrafo 207.

<sup>106</sup> Cfr. P. VELLAS, “Les entreprises multinationales et les organisations non gouvernementales, sujets du droit international”, en *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université de Sciences Sociales de Toulouse, 1974, pp. 749-773.

<sup>107</sup> Cfr. V. LOWE, “Corporations as International Actors and International Law Makers”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 14, 2004, pp. 23-38, p. 23.

<sup>108</sup> Cfr. M. COSNARD, “Rapport introductif”, en: *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans, SFDI, Paris, Pedone, 2005, p. 3.

<sup>109</sup> La tendencia a ampliar el abanico de sujetos de Derecho internacional puede situarse a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando empiezan a surgir cuestiones relacionadas con las minorías, la autodeterminación de algunos pueblos en Europa, etc., que ponen manifiestamente en duda la tendencia de que solo los Estados eran los sujetos de Derecho internacional. *Ibid.*, p. 4.

<sup>110</sup> J. A. BARBERIS, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *Recueil des Cours*, T.1, 1983, pp. 145-304. A este respecto, este autor señala que “le droit ne peut prescrire dans une norme juridique que ‘X est sujet de droit’

primer caso, y pasiva en el segundo. En este contexto, es obvio que el círculo de sujetos de Derecho internacional se ha ido ampliando considerablemente y, en nuestra opinión, esto puede considerarse como un elemento de progreso del Derecho internacional.

**31.** Si en cualquier orden jurídico es fácil determinar un sujeto primario (principal), en el Derecho internacional sería el Estado, sujetos primarios que suelen ser los que determinan los secundarios, sin embargo, en el Derecho internacional no contamos con reglas precisas que designen esos sujetos secundarios. En consecuencia, existe una cierta libertad a la hora de establecer los criterios y los requisitos que deben tener esos sujetos, pero esta libertad encierra una gran problemática al poder recurrir a varias o muchas posibilidades, ya que hay grupos o entidades que no pueden identificarse por unos elementos comunes entre ellos<sup>111</sup>. Así las cosas no es fácil dar una respuesta tajante en relación con las empresas transnacionales, pues el tema, aunque tampoco es nuevo, está muy lejos de ser pacífico<sup>112</sup>. Y es que como ya hemos apuntado en torno a la complejidad que encierra su definición, la cuestión de la subjetividad internacional, por mucho que se quiera defender un punto de vista progresista del Derecho internacional, suscita problemas de difícil respuesta, y esto no es sólo válido para las empresas transnacionales, sino también para los actores denominados no estatales en general.

Cabe preguntarse si en este conjunto de elementos o de teorías, es bueno recurrir a posiciones dogmáticas que no llevan en muchos casos a resultados muy halagüeños, o si habría que ir más lejos analizando caso por caso para ver mejor qué es lo que hay detrás de cada uno de estos actores, pues no todos tienen las mismas características, ni las mismas capacidades. Y es que como ha señalado el Profesor Lowe en relación con estas empresas:

*“It is an existential leap or an article of faith; and one cannot ask whether it is correct but only whether it is useful. For my part, I do not think that any dogmatic position on the question whether corporations are ‘subjects’ of international law or ‘international actors’ is helpful. They have some characteristics in common with human beings, the archetypal ‘objects’ of international law; and they should be recognised as entities sui generis whose treatment, and the treatment of whose actions, in international law needs to be approached on a pragmatic, case-by-case, basis”*<sup>113</sup>

**32.** Pero tampoco conviene olvidar que las empresas transnacionales arrastran tras de sí ciertas desconfianzas. Y es que su reputación de “explotadores” de los países pobres o más débiles sigue todavía en alguna medida presente en muchos ámbitos del Derecho internacional, aunque haya sido mitigado considerablemente en las últimas décadas. No obstante, esa reputación ha originado una oposición, sobre todo en muchos países en desarrollo, y este rechazo les ha afectado a la hora de reconocerles determinados elementos en relación con la subjetividad internacional. Y es que casi cincuenta años después, sigue recordándose el pensamiento que plasmó el Juez Padilla Nervo en su Opinión individual, en la que claramente establecía que:

*“It is not the shareholders in those huge corporations who are in need of diplomatic protection; it is rather the poorer or weaker States, where the investments take place, who need to be protected against*

---

car cela serait dépourvu de sens. Même si un ordre juridique contenait une norme énonçant que ‘X est sujet de droit’, X ne serait pas sujet si cet ordre ne lui attribuait pas du moins un droit ou une obligation... Les normes juridiques ne peuvent pas imposer au juriste de considérer comme sujet de droit une personne qui n’est titulaire d’aucun droit ni d’aucune obligation”, p. 169.

<sup>111</sup> Esto es precisamente lo que apunta Herman Mosler al señalar que: “The whole variety of subjects of international law cannot be defined by uniform sociological criteria. This is however, possible in respect of the first three groups: of the States which form the basis of the international legal community; of other territorial entities; and to certain extent in respect of international organizations and institutions... The fourth group consists of a collection of groups and entities which cannot be identified by common features... The common denominator of all subjects of international law is the quality of being endowed with legal capacity”. Cfr. H. MOSSLER, “Subjects of International Law”, *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute, Vol. Four, North-Holland, 2000, pp. 711-727, p. 711.

<sup>112</sup> En realidad, casi todas las cuestiones de alcance jurídico relacionadas con estas han sido controvertidas. A este respecto, cfr., la opinión del Profesor Adolfo Miaja de la Muela en su trabajo “El Derecho internacional ante las sociedades multinacionales”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 2, 1975, pp. 169-227.

<sup>113</sup> Cfr. V. LOWE, “Corporations as International Actors and International Law Makers”, op. cit., p. 24.

*encroachment by powerful financial groups, or against unwarranted diplomatic pressure from governments who appear to be always ready to back at any rate their national shareholders, even when they are legally obliged to share the risk of their corporation and follow its fate... Perhaps modern international business practice has a tendency to be soft and partial towards the powerful and the rich, but no rule of law could be built on such flimsy bases”<sup>114</sup>.*

Es cierto que en el Derecho internacional se ha forjado en esta materia una concepción muy clásica y muy defendida por la mayoría de la doctrina, mientras que se tendía a considerar como un poco ingenuo, soñador o heterodoxo a quien se distanciaba de esos parámetros. Así pues, no resultaba nada fácil abrir una brecha, incluso aunque se fuera consciente de que la situación no acababa de ser satisfactoria. Inútil de señalar que esta es la posición en la que nos encontramos, ya que, de un lado, es fácil detectar los problemas que, desde un punto de vista jurídico formal, suscita el reconocimiento de la subjetividad internacional a estas empresas, aunque por otro lado uno puede sorprenderse de que actores de tanta relevancia a nivel internacional, relevancia que como ya hemos apuntado se ha reforzado considerablemente tras la globalización, no pueden entrar dentro del sistema como auténticos sujetos, lo que reforzaría la falsa idea de que el Derecho internacional es más formal que real. Aunque sabemos que este reproche a nuestro sistema jurídico también se ha hecho en otros ámbitos, como en materia de uso de la fuerza, lo cierto es que lo que ocurre con las empresas transnacionales en materia de subjetividad no deja de sorprender, visto sobre todo su poder económico, lo que nos demuestra efectivamente los excesivos formalismos de los que en muchos casos hace gala el Derecho internacional, con todo lo que esto implica. Y es que, si se quiere hacer del Derecho internacional un sistema más efectivo y real<sup>115</sup>, es necesario abrirlo y hacerlo cada vez más acorde a las realidades cambiantes del Derecho internacional<sup>116</sup>.

**33.** Esto que acabamos de apuntar es algo que, en nuestra opinión, es sumamente importante, ya que, en muchos casos, actores como las empresas transnacionales, se revelan indispensables para que los Estados puedan ejercer algunas de las competencias que el Derecho internacional les reconoce como sujeto pleno y primario de este orden jurídico, al no disponer de los medios necesarios, sobre todo a nivel técnico, para negociar ciertos acuerdos internacionales. A este respecto, el Profesor Lowe recoge una serie de ámbitos como el de la navegación, los acuerdos de concesiones internacionales y el de los arbitrajes en materia de inversiones al momento de calificar por ejemplo daños, y señala al respecto lo siguiente:

*“These three examples all exemplify the role of corporations, both profit-making and non-profit-making, in the creation of international standards that mediate the broad applicable principles of the law created by States. This is not an instance of ‘privatisation’ of the allocation to the private sector of functions that could as well performed by governments. Rather, it is a recognition of the limitations upon the capacity of governments, and in particular of ministries of foreign affairs whose over-burdened staff have to cover an astonishing range of subjects, to negotiate international instruments in great technical detail”<sup>117</sup>.*

### VIII. Las controversias doctrinales sobre la subjetividad internacional

**34.** Nadie discute que el Estado, como figura central del sistema jurídico internacional, es el sujeto primario del Derecho internacional, y tampoco su capacidad para ejercer las competencias o asumir las obligaciones que se pueden deducir de los mecanismos internacionales. De hecho, la doctrina clásica siempre ha afirmado que el Estado es el único sujeto que goza de la plenitud de la personalidad jurídica internacional. Ahora bien, si se reconoce que el Estado tiene subjetividad plena, implícitamente se está reconociendo que puede haber otros sujetos parciales o que se les reconozca esa subjetividad internacio-

<sup>114</sup> Cfr. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Belgium v. Spain*, ICJ Reports 1970, pp. 248-250.

<sup>115</sup> Cfr. A. CASSESE, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2ª Ed., 2005, 558 p., p. 12.

<sup>116</sup> Sobre el carácter aperturista del Derecho internacional, cfr. J. R. CRAWFORD, “International Law as an Open System”, en J. R. CRAWFORD (Ed.), *International Law as an Open System*, 2002, London, Camron May, pp. 17-38.

<sup>117</sup> V. LOWE, “Corporations as International Actors and International Law”, op. cit., p. 25.

nal en una parcela determinada. Este debe ser el punto de arranque del razonamiento para poder pasar a analizar la tipología de la subjetividad internacional.

Existen principalmente dos tesis enfrentadas. Por un lado, aquellos que defienden que no todos los actores que participan en las cada vez más complejas Relaciones Internacionales, a pesar de que tengan influencia en la sociedad internacional, son sujetos de Derecho internacional<sup>118</sup>. Para estos autores, es evidente que las empresas transnacionales no cumplen con los requisitos exigidos por el Derecho internacional para ser auténticos sujetos del mismo, en el sentido de que no pueden ser destinatarias de las obligaciones que promueven la realización de los intereses o bienes comunes<sup>119</sup>. Pero, por otro lado, otros defienden, sin embargo, que reconocer en la actualidad la calidad de sujeto de Derecho internacional a estas empresas no plantea serias dificultades teóricas, aunque sólo serían sujetos *menores y derivados*<sup>120</sup>. Sin embargo, el alcance que estos autores otorgan a esta personalidad jurídica resulta mínimo, ya que la concesión de esa personalidad resulta, en general, de un contrato “internacionalizado”, que un Estado lleva a cabo con una empresa transnacional, contrato que será sometido a las normas materiales y formales del Derecho internacional. Así las cosas, la personalidad jurídica en cuestión se va a derivar de la voluntad de ese Estado, quedando limitada a los derechos y obligaciones contractuales. En consecuencia, dicha personalidad es sólo *funcional*, al quedar limitada al cumplimiento de sus obligaciones y a hacer respetar sus derechos, y *relativa*, pues sólo será oponible al Estado o Estados que la hayan reconocido<sup>121</sup>.

**35.** La percepción clásica ha sido, y continúa en muchos autores siéndolo, la de negar categóricamente cualquier tipo de personalidad jurídica a estas empresas, siguiendo así un camino que obstruye cualquier indicio de subjetividad internacional. Tal es el caso de François Rigaux para quien estas empresas ni son sujetos de Derecho internacional ni *quasi* sujetos, algo que ha repetido en varias ocasiones<sup>122</sup>. Esta concepción parte de la premisa fundamental según la cual estas empresas, poco importa que

<sup>118</sup> Cfr. A.L. PAULUS, *Die internationale Gemeinschaft in Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, München, Beck, 2001, p. 227. Esta había sido también la opinión de A. VERDROSS, y B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Berlin, Duncker & Humblot, 3ª edición, 1984, par. 446.

<sup>119</sup> A este respecto, cfr. I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 6ª Ed., 2003, 742 p., p. 57; N. JÄGERS, “The Legal Status of the Multinational Corporation under International Law”, en M.K. ADDO (Ed.): *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 259-279, p. 262. Sobre esta cuestión, es interesante el análisis de F. RIGAUX, “Transnational Corporations”, en M. BEDJAOU (Ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht, Boston, Martinus Nijhoff, 1991, p. 91 y ss.; y K. ZEMANECK, “The Legal Foundations of the International System”, *Recueil des Cours*, T. 266, 1997, pp. 9-335, p. 46, donde señala que “...Occasionally transnational companies and NGOs transact with States on the basis of equality, but only the relevant activities of the International Committee of the Red Cross have so far been recognized in instruments of public international law. Usually such relations, and also the interaction of the entities, are considered in the context of private or commercial international law or of international administrative law: only rarely are they treated as *quasi-international agreements*”.

<sup>120</sup> Esta es la opinión expresada por Patrick Daillier y Alain Pellet, cfr. *Droit international public*, (Nguyen Quoc Dinh). 7e ed., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 647, para quienes las objeciones son sobre todo tácticas, como reconocer la personalidad jurídica de manera abstracta y mal definida y no prejuzgar su futuro estatuto jurídico internacional.

<sup>121</sup> Esta tesis es continuidad de lo que ya se señaló en el asunto *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. V. Libia*, en cuyo laudo, el árbitro único, Prof. R. J. Dupuy, apuntó (par. 32) que el Derecho internacional había padecido una evolución según la cual la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional quedaba superada al reconocer que no sólo los tratados estaban regidos por el Derecho internacional, sino que también podía ocurrir que, en determinadas circunstancias, los acuerdos entre Estados y personas privadas podían estar regidos por una rama particular del Derecho internacional, es decir el Derecho internacional de los contratos. Cfr. L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, “El Derecho internacional de la Empresa”, en L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. y J. ROLDÁN BARBERO (Coords.), *Derecho internacional económico*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 398. Este autor se alía así también con la tesis de una subjetividad limitada... *Ibid*, p. 384.

<sup>122</sup> Sobre esta cuestión señaló que: “it must be emphasized that transnational corporation are neither subjects nor quasi-subjects of international. The internationalization of the state contract is based on a *petition principia*, namely, that the state contracting with an enterprise with national status in another state has agreed to place limits, binding on it in the international legal order on the exercise of sovereignty. Transnational corporations-whether public or private-are legal agents subject to the jurisdiction of state and are affected by the rules of international law only when these are mediated by a state legal order... The power of these groups and their capacity to negotiate with states-often from a position of strength-cannot give them the status of subjects of international law, which could be conferred on them only by the concerted volition of states”, Cfr. F. RIGAUX, “Transnational Corporations”, en M. BEDJAOU (Ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht-Boston, Martinus Nijhoff/UNESCO, 1991, p. 124. Del mismo autor, y el mismo pensamiento en francés, en: “Les sociétés transnationales”, en BEDJAOU, M.: *Droit international. Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, Tome 1, pp. 138-139.

estén organizadas según el Derecho público o el Derecho privado, se han constituido según el Derecho internacional de un determinado Estado y, por tanto, van a tener la personalidad jurídica que les otorgue el orden jurídico estatal, poco importa que se trate de la empresa matriz, o dominante, o de cualquier filial, ya que ambas son jurídicamente distintas, aunque las filiales estén controladas por las sociedades matrices. Es sabido a este respecto que las estrategias y las planificaciones de estas empresas las deciden las sociedades matrices, que son las que detentan el poder económico, poder que es privado.

**36.** Conviene señalar además que el peso que han ido adquiriendo estas empresas en las relaciones económicas internacionales, ha sido colosal, sin que – por el contrario – dicho peso haya tenido una contraprestación en el ámbito jurídico, salvaguardando quizás la cuestión de los derechos humanos<sup>123</sup>. Y es que, como se sabe, hay una abundante doctrina que considera que estas empresas tienen una especial responsabilidad en la promoción y respeto de los derechos humanos, sobre todo en los ámbitos laboral y social<sup>124</sup>. Como señala Cutler<sup>125</sup>, existe un desfase cada vez más importante entre lo fáctico y lo jurídico, es decir, los hechos y el Derecho, pues no deja de sorprender que actores tan importantes a nivel comer-

<sup>123</sup> Sobre esta cuestión, véase el interesante estudio de F. MARRELLA, “Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, op. cit. Véase también, C. FERNANDEZ LIESA y E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, (Coords.), *Empresas y Derechos Humanos*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson-Reuters, 2018, 553 p.; O. MARTÍN-ORTEGA, *Empresas multinacionales y Derechos humanos en Derecho internacional*, Barcelona, Bosch, 2008, 345 p.; Véase además PH. ALSTON (Ed.), *Non-state Actors and Human Rights*, New York: Oxford University Press, 387 p.; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 613 pp.; O. DE SCHUTTER (Ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006, 430 p. Para estudios más específicos, cfr. J. DINE, *Companies, International Trade and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 10; A. EIDE, “Universalization of Human Rights versus Globalization of Economic Power”, en F. COOMANS *et al* (Eds.), *Rendering Justice to the Vulnerable – Liber Amicorum in Honour of Theo van Boven*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 99 y ss.; M. T. KAMMINGA, “Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A Challenge for the EC”, en Ph. ALSTON (Ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press 1999, p. 553 y ss.; S. CHESTERMAN, “Oil and Water: Regulating the Behaviour of Multinational Corporations through Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, 2004, pp. 307-329; S. JOSEPH, “Taming the Leviathans: Multinational Entreprises and Human Rights”, *Netherlands International Review*, vol. 46, 1999, n.º 2, pp. 171-203, p. 175; K. SCHMALENBACH, “Multinationale Unternehmen und Menschenrechte”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 39, 2001, pp. 57-81. Véase también el Informe Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the Responsibilities of Transnational Corporations and Related Business Enterprises with Regard to Human Rights, Doc. E/CN.4/2005/91, 15 de febrero de 2005.

<sup>124</sup> A este respecto, véase también el interesante estudio de J. J. PAUST, “Human Rights Responsibilities of Private Corporations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, 2002, pp. 801-825. Este autor parte de la premisa conocida de que estas empresas tienen un poder efectivo mayor que el de muchos Estados, por lo que sus decisiones pueden causar más daños que estos, debido también a sus actividades transnacionales. En esta misma línea, Surya Deva llega a señalar que: “The existing international framework of corporate human rights responsibility is inadequate because it does not prescribe clear human rights standards, is based upon flawed premises, relies excessively on status to enforce obligations, and offers no sanctions for non-compliance. There is, therefore, a need to establish a strong international mechanism as well as reconceptualise the guiding principles and approach of international law vis-a-vis MNCs. I argue that the proposed international mechanism should be based upon a partnership between the UN and the WTO for the promotion of human rights in the new economic order. The partnership, with active support from other international institutions, the media and NGOs, would both prescribe and enforce human rights standards against MNCs. Bringing human rights segues within the framework of the WTO, both at the stage of negotiation and of dispute settlement, would not only help regulate MNCs but would also provide sustainability and people’s support to the new economic order. Further, it is also important that international law abandons its indirect approach to deal with MNCs and recognises them as ‘secondary limited’ subjects, at least as far as human rights are concerned. MNCs should fall directly within the jurisdiction of international regulatory institutions, because the approach of indirect regulation has failed to deliver the desired results”. Cfr. “Human Rights Violations by Multinational Corporation and International Law: Where from Here?”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 19, 2003, pp. 1-57. De esta autora, ver también “UN’s Human Rights Norms for Transnational Corporations and Other Business Enterprises: An Imperfect Step in Right Direction?”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 10, 2004, pp. 493-523. Sobre estos aspectos, véase también S. RATNER, “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”, *Yale Law Journal*, vol. 111, 2001, pp. 443-545; P. T. MUCHLINSKI, “The Development of Human Rights Responsibilities for Multinational Enterprises”, en SULLIVAN, R. (Ed.): *Business and Human Rights: Dilemmas and Solutions*, Greenleaf Publishing, 2003, pp. 33-51; W. M. MEYER, “Activism and Research on TNCs and Human Rights: Building a New International Normative Regime”, en J. G. FRYNAS y S. PEGG (Eds.), *Transnational Corporations and Human Rights*, London, Palgrave Macmillan, 2003, pp. 33-52; D. AGUIRRE, “Multinational Corporations and the Realisation of Economic, Social and Cultural Rights”, *California Western International Law Journal*, vol. 35, 2004, pp. 53-82.

<sup>125</sup> Cfr. A. C. CUTLER, “Critical Reflections on the Westphalia Assumptions of International Law and Organisation: a Crisis of Legitimacy?”, *Review of International Studies*, vol. 27, 2001, n.º 2, pp. 133-150, p. 137.

cial económico y financiero tengan una debilidad jurídica a nivel internacional tan evidente. Y es que por mucho que algunos autores defiendan vehementemente la subjetividad internacional de estas empresas, amparándose sobre todo en la capacidad que se les ha reconocido a la hora de resolver ciertas controversias y de recurrir a determinados órganos internacionales<sup>126</sup> como, por ejemplo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, o al Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya<sup>127</sup>, lo cierto es que seguimos teniendo una situación francamente insatisfactoria, y jurídicamente hablando siguen sin tener una autonomía jurídica internacional propia.

**37.** La cuestión de la personalidad jurídica de las empresas transnacionales requiere la adopción de unos pasos previos que hasta el momento no se han dado. Y es que la pregunta que se suscita es la siguiente: ¿Cómo reconocer esa personalidad de forma abstracta, cuando todavía no conocemos su estatuto jurídico internacional? ¿Podemos hablar de su personalidad jurídica sin prejuzgar ese estatuto jurídico internacional? Sabemos que en el pasado muchos Estados del Tercer Mundo se oponían a una reglamentación internacional de estas empresas, amparándose en el argumento de que ese estatuto jurídico vendría a consagrar una realidad que no querían que se estableciera desde un punto de vista jurídico formal y que hubiese supuesto equipararlas al nivel de los Estados. Ya hemos apuntado las reticencias de estos países en las décadas de los setenta y ochenta frente a las actividades de muchas de ellas, pero no hay que confundir la subjetividad internacional con la soberanía, ya que se puede otorgar esa subjetividad sin soberanía, como es lógico. De una perspectiva similar partían también las tesis defendidas por la antigua Unión Soviética, al sostener que no podría reconocerse a estas empresas la personalidad jurídica porque no tenían una capacidad autónoma de acción a nivel internacional, pudiendo expresarse en este ámbito sólo por intermediación del Estado<sup>128</sup>. Pero es que, en realidad, no sólo los países del Tercer Mundo y la antigua Unión Soviética se oponían a un reconocimiento de la personalidad jurídica de estas empresas, sino también la mayoría de los gobiernos occidentales<sup>129</sup>. Más matizado a este respecto se muestran otros autores en relación con los países occidentales que apoyaban estas empresas, aunque sin reconocerles esa personalidad jurídica internacional *stricto sensu*<sup>130</sup>. Por lo tanto, aunque los que se mostraban más combativos eran los países del Tercer Mundo, a causa de las susceptibilidades ya apuntadas, lo cierto es que casi todos los gobiernos se oponían. Así las cosas, el debate sobre la personalidad jurídica de estas empresas tendría lugar casi exclusivamente a nivel doctrinal. Esta situación sigue presente en la actualidad.

## IX. Las empresas transnacionales en la actualidad jurídica internacional

**38.** A pesar de las controversias que se han suscitado en torno a estas empresas, hay un cierto consenso a la hora de reconocer que tienen tanto derechos sustantivos como deberes, así como también derechos procesales. Partiendo de esta premisa caben varias opciones a la hora de examinar si pueden ser sujetos o no de Derecho internacional. La primera sería no otorgarles ningún papel en el sistema jurídico internacional. La segunda sería proveerles de una cierta capacidad tanto formal, como material para participar en el desarrollo y aplicación del Derecho internacional que presente un cierto interés para ellas, dándoles en este caso posibilidades para poder participar al menos en el proceso normativo. La tercera sería reconocerles en ciertas áreas específicas del Derecho internacional, derechos y deberes dentro del sistema. Y la cuarta consistiría en otorgarles plena capacidad asimilable a la de los Estados. De estas cua-

<sup>126</sup> Por ejemplo, cfr., N. JÄGERS, "The Legal Status of the Multinational Corporation under International Law", en M. ADDO (Ed.), *Human rights standards and the responsibility of transnational corporations*, op. cit., pp. 264-265.

<sup>127</sup> Esto es ahora posible tras haberse enmendado sus reglas de procedimiento.

<sup>128</sup> A este respecto, cfr. P. DUMBERRY, "L'entreprise sujet de droit international?: retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements", *Revue générale de droit international public*, vol. 108, 2004, n.º.1, pp. 103-122.

<sup>129</sup> Cfr. *Restatement of the Law (Third), Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 1, St. Paul, American Law Institute, 1987, pp. 70-71.

<sup>130</sup> Tal es el caso de A. A. FATOUROS, "The Implementation of International Codes of Conduct: An Analysis of Future Experience", *American University Law Review*, vol. 30, 1981, pp. 941-972, p. 947; M. STANLEY, "International Codes of Conduct for MNC's: A Sceptical View of the Process", *American University Law Review*, vol. 30, 1981, pp. 973-1008, p. 986.

tro posibilidades, es evidente que ni la primera ni la cuarta son realistas, por lo que parece obvio que la cuestión esencial sería determinar cuál de las opciones segunda o tercera es la más apropiada y realista en el mundo actual. A mi juicio, estas dos opciones encierran una mayor dosis de fiabilidad y de flexibilidad, y como se verá a continuación, todo apunta a que en estos momentos la segunda opción parece reflejar con justicia la sociedad actual, aunque existen ciertas reivindicaciones por progresar hacia la tercera.

39. La cuestión que surge en este contexto es, pues, saber si estas empresas transnacionales son “objetos” de Derecho internacional que se benefician de la protección del Derecho internacional, o si son sujetos de Derecho internacional. La respuesta a esta disyuntiva dependerá de la elección que se haga de los criterios jurídicos para su evaluación. Para los clásicos, o puristas u ortodoxos del Derecho internacional, estas empresas son solo objetos, sobre todo si se parte de forma abstracta de la estructura del Derecho internacional. Pero si, por el contrario, uno se centra en qué sucede hoy en día *de facto* en la sociedad internacional, podrían considerarse razonablemente como sujetos activos del Derecho internacional. Ambas tesis tienen sus defectos y sus virtudes. Y es que las empresas transnacionales tienen un cierto carácter *híbrido*, con elementos de objetos y también de sujetos, tal y como se refleja perfectamente en ámbitos como los derechos humanos, la responsabilidad internacional, la protección diplomática y en materia de jurisdicción, por ejemplo<sup>131</sup>. Y es que en muchos casos, al llevarse a cabo las funciones en estos ámbitos, el papel de los Estados y de las empresas transnacionales se entrecruzan y se interrelacionan entre sí por lo que hay que descubrir qué funciones han tenido uno y otro en cada caso, ya que sería muy difícil que solo fuera uno de ellos el responsable.

### 1. Argumentos de aquellos que, a pesar de todo, niegan la subjetividad internacional de estas empresas

40. Aquellos que se oponen al reconocimiento de la personalidad jurídica de estas empresas invocan entre sus argumentos la propia estructura del Derecho internacional, al defender que no tienen cabida en este sistema jurídico<sup>132</sup> y presentan serios problemas a la hora de integrarlos en un sistema jurídico como el internacional, pudiendo causar tensiones entre los Estados. Que estas empresas tienen difícil encaje en el Derecho internacional, es evidente, tanto en el tradicional como en el actual, aunque pensamos que se podrían abrir ciertos cauces en este último, como veremos más tarde. No obstante, conviene recalcar que estas razones estructurales no se invocan sólo para oponerse a la personalidad jurídica de las empresas exclusivamente. Por eso son numerosos los autores que abordan este tema de forma general, sosteniendo que estas personas privadas a lo máximo que pueden aspirar es, lo que Prosper Weil denomina “l’*étrange théorie de la personnalité relative*”. Y es que, según este autor, la personalidad internacional de cada una de estas personas comprenderá una dosis variable de ciertos derechos y determinadas obligaciones de los Estados, quedando el Estado como el sujeto internacional de referencia, por lo que habrá personas y personas dejando aparte el Estado, por supuesto<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> A este respecto, cfr., F. MARRELLA, “Protección internacional de derechos de l’*homme* et activités des sociétés transnacionales”, op. cit., pp. 87 y ss. Véase también V. LOWE, “Corporations as International Actors and International Law Makers”, op. cit., pp. 26 y ss.

<sup>132</sup> Esta es la opinión, por ejemplo, de Louis Henkin, cuando señala que “Multinational enterprises create also huge complications for traditional international legal concepts and trouble relations even among developed States. In principle, a multinational enterprise is not a *person* under international law. The multinational enterprise lives within the international system as a national of the State of incorporation and is subject to the law of any State in which it acts. But inter-corporate relations spread multinational enterprises to many States, causing turbulence in the law governing a State’s jurisdiction to prescribe law and creating difficulties between the State of the parent company and the State (or States) in which branches are located, the State (or States) of subsidiaries, the States in which certain activities occur or in which certain property is situated”. The emergence of multinational enterprises has led to pressures on the traditional law governing nationality. In *Barcelona Traction*, we have seen, the International Court of Justice rejected an effort by a State of nationality of shareholders to pierce the “corporate veil...” The State that admits a foreign company generally does not thereby have to accept diplomatic protection by a State whose nationals hold shares in the company. I have suggested that the emergence of multinationals requires rethinking the metaphor of corporate nationality. Cfr. “International Law: Politics, Values and Functions”, General Course on Public International Law, *Recueil des Cours*, T. 216, 1989-IV, pp. p-416, p. 199.

<sup>133</sup> Cfr. P. WEIL, “Le droit international en quête de son identité”, Cours général de droit international public, *Recueil des*

En cambio, según la doctrina clásica, es el Estado el sujeto principal, cuando no el único, del Derecho internacional. Por ello, el Profesor Mahiou es claro al apuntar que: “*au regard du droit international public classique, les sociétés transnationales n’existent pas comme sujets juridiques puisqu’elles ne sont pas directement soumises à ses règles et elles ne peuvent pas ester en justice, car les tribunaux internationaux sont réservés aux Etat et accessoirement, aux organisations internationales*”<sup>134</sup>. Inútil de señalar que esta afirmación tan real no concuerda con la sociedad internacional actual, no porque los Estados hayan dejado de ser sujetos primarios u originarios del Derecho internacional, sino porque el concepto de “sujeto” y los “sujetos” se han venido ampliando *de facto* y *de lege*. No obstante, no se comprende muy bien que una buena parte de la doctrina internacionalista acoja con relativa facilidad la subjetividad internacional del individuo y, sin embargo, se niegue a dispensar el mismo trato a las otras personas privadas, como son las empresas transnacionales, a las que solo se atreven a considerarlas como actores de las relaciones internacionales<sup>135</sup>. Estas ideas del Profesor Pellet contrastan con las del australiano James Crawford, quien niega categóricamente cualquier dosis de subjetividad internacional a estas empresas<sup>136</sup>.

**41.** Además, quienes se oponen a reconocer esta personalidad jurídica internacional a las empresas invocan también razones ideológicas o políticas que legitimarían unas actividades, consideradas en general como nefastas. Es más, incluso se ha invocado el riesgo que presentaría ese reconocimiento para la ideología económica liberal<sup>137</sup>. Otros, sin embargo, parecen recurrir a argumentos más jurídicos, señalando, entre otras razones, que ya son sujetos del derecho interno, por lo que no resultaría oportuno reconocerles además la personalidad internacional. Esta tesis ha sido sin embargo expresamente rechazada por Charles Leben<sup>138</sup>.

En el fondo de estas consideraciones, se puede apreciar una especie de conformismo con el sistema, por parte de algunos autores estimando que no es muy pragmático o realista pretender defender o imponer esa subjetividad internacional, mientras que otros piensan que todavía es algo prematuro y que no ha llegado su momento. Es decir no parece que su posicionamiento sea de oposición frontal, sino más bien se trataría de una cierta comodidad a la hora de abordar el sistema jurídico internacional. Como se puede apreciar, este debate no es conclusivo ni pacífico en la actualidad, aunque nos encontramos más próximos a la apertura que propugna el Profesor Alain Pellet que a la de James Crawford.

## 2. Argumentos para reconocer una cierta subjetividad internacional a estas empresas

**42.** Entre los argumentos invocados para que se reconozca la personalidad a estas empresas, hay que destacar uno que ya hemos comentado, y que no es ni más ni menos que el indiscutible y creciente papel que tienen como grandes actores en las relaciones económicas internacionales. Además, algunos

---

*Cours*, T. 237, 1992-VI, pp. 9-370, p. 101. De esta opinión es también CH. DOMINICE, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, en J. MAKARCZYK (Ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21 st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 147-171, pp. 154 y 163-164.

<sup>134</sup> Cfr. A. MAHIOU, “Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité : cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, T. 237, 2009, pp. 9-516, p. 265.

<sup>135</sup> Esta distorsión está hoy en día muy extendida y así lo puso de manifiesto el Profesor Alain Pellet en su trabajo “Le droit international à l’aube du XXI siècle (La société internationale contemporaine. Permanences et tendances nouvelles)”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 19-212, p. 98.

<sup>136</sup> A este respecto, señala que “Elsewhere, there is some tendency to elevate the status of transnational corporations, with the apparent aim of increasing their accountability... Some corporate entities are immensely powerful: they generate revenue larger than the GDP of many States, operate on a global basis and exercise considerable influence over domestic affairs. Influence, however, is not the same as legal capacity on the international plane, and the International Court’s insistence that corporations are creatures of domestic law... The present situation is untidy, and it is far from Hersch Lauterpacht’s vision of the individual as the ‘ultimate subject’ of international law. There is an expanding range of actors in the international system, but States very much remain the key-holders and gatekeepers of personality... The international law of personality is no doubt move open today but for key purposes it is still a law of exclusion, not participation”. Cfr. J. CRAWFORD, *Chance, Order, and Change: The Course of International Law: general course of public international Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, 540p.

<sup>137</sup> Cfr. J. FLEUR, “The Invisibility of Transnational Corporation...” op. cit., p. 913.

<sup>138</sup> Para más detalles, véase de este mismo autor “Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d’Etat”, en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du xxe siècle : Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 134-135.

son de la opinión de que cada vez más estas empresas transnacionales mantienen y desarrollan unas importantes relaciones económicas con los Estados, relaciones que son cada vez más complejas y más cercanas al Derecho internacional público que al privado<sup>139</sup>, lo que parece evidente. Precisamente por eso, desde un punto de vista pragmático y realista aparecen como “participantes” de la evolución del Derecho internacional<sup>140</sup>. Es más, si los países en desarrollo se mostraron muy combativos con las empresas transnacionales en los años setenta y ochenta, las nuevas circunstancias que iban a estar presentes en la sociedad internacional a finales del siglo pasado, con el derrumbe socialista por un lado, y por la globalización por otro, van a traer consigo nuevas maneras de abordar la cuestión, abandonando los países en desarrollo su lucha a ultranza contra estas empresas, lucha que fue siempre más formal que real, para convertirse en países que intentan hacer todo lo posible para atraer sus inversiones, filosofía que va a estar presente en el Pacto Mundial del año 2000.

**43.** Decir que son “participantes” de esa evolución, es obvio, pero el problema es saber “cómo” y en calidad de “qué”, ya que no todos los actores que participan en las Relaciones Internacionales son, como ya hemos apuntado, ni tienen en teoría que ser, sujetos de Derecho internacional. No obstante, hay que reconocer que en el ámbito de los contratos de Estado<sup>141</sup>, algunos autores piensan que existe una relación de igualdad entre el Estado y la empresa<sup>142</sup>, a pesar de que esa posición jurídica de la empresa se derive de la voluntad del Estado. Esa relación de igualdad existiría sólo en relación con dicho contrato, ya que como afirmaba el Profesor Ángel Chueca Sancho<sup>143</sup>, la cuestión de la subjetividad internacional de estas empresas debe hacerse teniendo siempre presente que admitir esa personalidad no implica ascenderlas al nivel de la de los Estados, pues una cosa es personalidad jurídica y otra es soberanía. Es decir, que el otorgarles esa personalidad no significa convertirlas en sujetos soberanos<sup>144</sup>.

De esta opinión era también Julio Barberis quien hizo certeros comentarios sobre estos acuerdos denominados *quasi* internacionales<sup>145</sup>. Este autor profesor argentino rebatía las tesis sostenidas por algunos autores de que estos acuerdos *quasi* institucionales fundamentan su validez en un orden jurídico interno, incluso cuando reenviaran a la aplicación de los principios generales del Derecho o de otras normas internacionales. Es decir, que los principios generales si se aplican, esto se debe a que el Estado autoriza a los contratantes a hacerlo. Para Julio Barberis, esta construcción no se deducía fielmente de la práctica internacional, por lo que señala que:

*“Nous avons indiqué... que les accords quasi internationaux prévalent sur le droit interne, et qu’il en a été ainsi décidé dans les affaires où le problème d’inconstitutionnalité a été soulevé. S’il s’agissait d’accords fondés sur le droit interne, l’on aurait dû décider qu’ils étaient nuls ou inconstitutionnels. En outre, la jurisprudence a toujours reconnu aux parties la plus large autonomie dans le choix du droit applicable et il n’existe aucun cas dans lequel l’arbitre ait examiné si cette autonomie était autorisée ou non par le droit interne. Il faut ajouter aussi que l’existence d’une procédure arbitrale absolument indépendante de la juridiction nationale est incompatible avec l’idée que les accords quasi internationaux relèvent du droit étatique”*<sup>146</sup>.

**44.** Otros, sin embargo, han ido más lejos al considerar que por el mero hecho de que los Estados hayan promovido unos códigos de conducta para estas empresas revela que, a pesar de que dichos códigos no sean vinculantes, existe una voluntad general de otorgarles una cierta personalidad interna-

<sup>139</sup> A este respecto, véase por ejemplo, A. FATOUROS, “Transnational Enterprises in the Law of State Responsibility”, op. cit., p. 384.

<sup>140</sup> Cfr. O. MARTÍN-ORTEGA, *Empresas multinacionales y Derechos humanos...*, op. cit., p. 65 y bibliografía allí citada.

<sup>141</sup> Sobre el contrato de Estado, cfr., J-M. JACQUET, “Contrat d’Etat”, en *Jurisclasseur de droit international*, Vol. 9, fasc. 565-60, 1990, 36 p., y bibliografía allí recogida.

<sup>142</sup> Cfr., por ejemplo, D. ADELAYO JALAYE, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, New York, Oceana Publications, 1978, p. 244.

<sup>143</sup> De este autor, ver el interesante estudio “Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho internacional”, *Cursos de Derecho internacional Vitoria-Gasteiz*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 311-378.

<sup>144</sup> *Ibid*, p. 318.

<sup>145</sup> Cfr. J. BARBERIS, “Les nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, op. cit., pp. 189-206.

<sup>146</sup> *Ibid*, p. 204.

cional<sup>147</sup>. Es evidente que los autores que propugnan de esta forma el reconocimiento de la subjetividad internacional de las empresas lo hacen con el fin de ejercer sobre ellas un mayor control<sup>148</sup>. Y es que algunos de estos autores recelan de los efectos que puedan tener sus actividades económicas transnacionales, como ya hemos puesto de manifiesto, y piensan que con un marco jurídico más claro, estarían más controladas. Sobre estas cuestiones el Profesor Lowe apunta que “*the answer... is more a matter of taste than of logic. We might insist that it is only the acceptance of corporate claims by States, and not their making by corporations, that is legally relevant. We might say that the powers of corporations all derive ultimately from States, so that any authority their actions may have is the authority of State*”<sup>149</sup>.

45. Respecto a nuestra opinión, pensamos que ya hemos mostrado indicios de que somos partidarios de reconocer una cierta subjetividad a estas empresas. Es más, son numerosos los casos, cada vez más, en los que se les reconoce esa personalidad en determinados ámbitos, como por ejemplo, en materia de inversiones. En efecto, es muy habitual en la práctica reciente que las empresas pueden recurrir al CIADI<sup>150</sup>, siempre que se trate de un tratado multilateral de un Estado, por el mero hecho de ser parte en ese tratado que otorga a la empresa extranjera, cuyo Estado sea también parte en el tratado, el derecho a recurrir a un tribunal arbitral internacional siempre y cuando estime que ese Estado ha violado sus obligaciones en materia de inversiones, a pesar de que no existe un contrato entre ellos<sup>151</sup>.

Conviene poner siempre de relieve que, en estos casos, la empresa es destinataria de normas jurídicas determinadas, y no de normas jurídicas de Derecho internacional. Esas normas que pueden invocar son aprobadas por los Estados, que son quienes ratifican los tratados, y no las empresas. Por eso, la empresa transnacional no puede ser un sujeto como los Estados, ya que estará sometida a las reglas de derecho establecidas por los Estados sin poder participar ni en el proceso de su elaboración ni en el de su extinción, al menos *stricto sensu*, es decir, de forma directa como si fuera un Estado. Así las cosas, la empresa sólo podrá ser un sujeto con capacidad limitada y derivada. Pero es que, además, la empresa no puede ser ahora un sujeto cuya existencia sea “objetiva”. Sólo puede ser un sujeto “menor” de Derecho internacional, ya que sus derechos u obligaciones no proceden del Derecho internacional general, sino de un instrumento jurídico determinado. Pero, siguiendo este hilo conductor, su subjetividad será también sólo “funcional”, es decir, el alcance de sus derechos y obligaciones vendrá predeterminado por los Estados, y no por el Derecho internacional. Esto ocurre no sólo en materia de inversiones, sino también en otros ámbitos como el de los derechos humanos<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> Cfr. K. DEL PONTE, “Formulating Customary International Law: An Examination of the W.H.O. International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 5, 1982, n° 2, pp. 377-403, p. 387.

<sup>148</sup> A este respecto, cfr. C. DAY WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control, the Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, 1085 p.

<sup>149</sup> Cfr. V. LOWE, “Corporations as International Actors and International Law”, op. cit., p. 24.

<sup>150</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado en el seno del Convenio de Washington de 1965, en el marco del Banco Mundial.

<sup>151</sup> Entre estos tratados multilaterales conviene citar al relativo a la Carta de la Energía, en vigor desde el 16 de abril de 1998; el Protocolo de Colonia para la protección recíproca de inversiones en el Mercosur, firmado el 17 de enero de 1994, pero no está en vigor (sobre este Protocolo, cfr. A. CANO LINARES, “Mercosur y los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires: una tentativa de acuerdos subregionales de promoción y protección recíproca de inversiones”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2007, Vol. I, n° 2, pp. 31-40); tampoco está en vigor el Protocolo de Buenos Aires precitado; el Acuerdo Multilateral de Inversiones de la OCDE se paralizó; sin embargo el recurso de las empresas al arbitraje sí que se recoge en los artículos 17 y 18 del Acuerdo de Libre Cambio de Cartagena, entre Colombia, México y Venezuela, en vigor desde el 1 de enero de 1995; por último también existe esa posibilidad en el marco del Tratado de Libre Cambio para América del Norte (NAFTA).

<sup>152</sup> Sobre estos aspectos, cfr. P. DUMPERRY, “L’entreprise sujet de droit international?...”, op. cit., pp. 112 y ss.; y O. MARTÍN-ORTEGA, *Empresas internacionales y Derechos humanos...*, op. cit., pp. 63-65. Sobre esta cuestión de derechos humanos, véase también A. CLAPHAM y S. JERBI, “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”, *Hasting International and Comparative Law Review*, vol. 24, 2001, n° 3, pp. 339-349. Estos autores se centran en la cuestión de saber cual puede ser el grado de responsabilidad de estas empresas al llevar a cabo operaciones comerciales (negocios) en un país que viola los Derechos humanos ¿No se están haciendo cómplices de esa violación? A este respecto, señalan que “The boundaries of what is expected from business, and what a state is obliged to do under international law, cannot be neatly drawn. It must be stressed, however, that governments do still possess wide powers over – and primary responsibility for – the well-being of their citizens and for the protection of human rights. Corporations, even as they agree to take on greater responsibility in the human rights field, do not have the same legal duties as states under international law and cannot be expected to substitute for the role of

De esta forma – en definitiva – el debate en torno a la subjetividad internacional de estas empresas pierde bastante valor y todo dependerá si se adopta una tesis que algunos denominarán “estricta” o no. Pero este debate no es exclusivo del tema que nos ocupa, como se sabe, sino que también concierne a otros sujetos. Hay que reconocer, sin embargo, que una vez que se ha abierto la espita de la subjetividad internacional, negar sin más esa calidad a estas empresas (siempre, por supuesto, que se tome en consideración los límites previamente apuntados) implicaría situarse fuera del Derecho internacional vigente en nuestros días.

46. En estas circunstancias, pensamos que ha llegado el momento de reexaminar a fondo el concepto de la subjetividad internacional de estos importantes actores a nivel internacional para adaptar su personalidad jurídica al peso que tienen en el orden económico internacional<sup>153</sup>. Y es que hemos pasado de una época en que estas empresas eran, sí, muy importantes en el plano económico internacional, aunque suscitaban grandes recelos en muchos Estados, a otro en la que los Estados se hacen una fuerte competencia para atraer sus inversiones<sup>154</sup>, competencia que se ha reforzado con la globalización<sup>155</sup> y con la llegada de los grandes y nuevos países denominados “emergentes”. No sólo en el ámbito estrictamente económico se nota esta evolución, sino también en el Derecho internacional en general, ya que como señala Tomuschat, hay que transformarlo en lo que él ha denominado “comprehensive blueprint for social life”<sup>156</sup>. Para este profesor alemán, “la globalización no está confinada sólo al ámbito económico, sino que se ha convertido de un día para otro en un fenómeno que afecta a todas las áreas sociales, que están interrelacionadas entre sí”<sup>157</sup>. Si además añadimos el hecho, ya apuntado, de que el Derecho internacional debe ser un Derecho realista capaz de adaptarse a los cambios que se producen en la escena internacional<sup>158</sup>, el camino a seguir parece muy claro.

47. Hay que reconocer que las propias empresas no hacen de la subjetividad internacional un objetivo que sea considerado por ellas como imprescindible, ya que su estatuto actual y las incertidumbres que genera las sitúa dentro de un margen de confort razonable, debido sobre todo a las múltiples filiales que suelen tener en varios Estados, y de su peso económico. Este hecho les permite así elegir su territorio de producción y, por ende, la legislación más favorable. Esta libertad de la que han disfrutado, y que no han perdido del todo todavía, ha sido la que ha llevado a regular sus actividades sobre todo en materia de Derechos humanos y de medio ambiente. Ni que decir tiene que esta regulación ilustra bien el interés de la sociedad internacional en estas empresas, ya que si no se les considera como sujetos de Derecho internacional ¿cómo van a poder violar el Derecho internacional? Esta situación acarrea que la mayoría de las jurisdicciones internacionales no puedan juzgar los asuntos en los que esté presente una empresa transnacional, salvo recurriendo obviamente al mecanismo de la protección diplomática<sup>159</sup>. Tal

---

governments”, p. 3. Y refiriéndose expresamente a la responsabilidad, se preguntan: “What is the responsibility of a business with operations in a country where human rights violations are widespread or where company revenues help support an oppressive regime? Should a corporation be expected to influence government policies concerning human rights and the rule of law? What role should business play in conflict prevention and resolution or in development efforts?”. La respuesta que dan es que la responsabilidad del Estado no les exime a estas empresas de su responsabilidad, poco importa que esa complicidad sea directa, indirecta o silenciosa.

<sup>153</sup> A este respecto, A. Clapham señala que: “We have an international legal order that admits that states are not the only subjects of international law. It is obvious that non states entities do not enjoy all the competences, privileges, and rights that states enjoy under international law, just as it is clear that states do not have all the rights that individuals have under international law... We need to admit that international rights and duties depend on the capacity of the entity to enjoy those rights and bear those obligations; such rights and obligations do not depend on the mysteries of subjectivity”. Cfr. *Human Rights Obligations of Non-State-Actors*, op. cit., pp. 68-69.

<sup>154</sup> Cfr. P. T. MUCHLINWIKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Second Edition, Oxford University Press, 2007, pp. 3 y ss.

<sup>155</sup> S. HOBE, “The Era of Globalisation as a Challenge to International Law”, *Duquesne University Law Review*, vol. 40, 2002, pp. 655-665.

<sup>156</sup> Cfr. CH. TOMUSCHAT, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, General course on Public International Law, *Recueil des Cours*, T. 281, 1999, pp. 9-438, p. 63.

<sup>157</sup> *Ibid*, p. 41.

<sup>158</sup> Cfr. J. I. CHARNEY, “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, op. cit., pp. 869 y ss.

<sup>159</sup> Los problemas que pueden suscitarse al recurrir al mecanismo eventualmente de la protección diplomática, ha sido en

es el caso de la Corte Internacional de Justicia, pero también de la OMC, salvo que se trate en este último caso del procedimiento de *amicus curiae*.

Ante esta realidad, pensamos, pues, que es necesario reorientar todo lo relacionado con la personalidad jurídica internacional para adaptarla a las nuevas necesidades, tomando en consideración todas las circunstancias que encontramos en la sociedad internacional. Por eso, habrá que considerar que una de las funciones principales de la subjetividad internacional debe ser la de servir de herramienta que permita articular y defender los valores esenciales del orden jurídico internacional. Conviene insistir, por tanto, en el hecho de que el Derecho internacional requiere que se establezca de forma clara entre todos aquellos actores que participan activamente en la sociedad internacional, y las empresas transnacionales lo son, un marco jurídico claro que regule esas relaciones<sup>160</sup>. En estos momentos, las funciones económicas, sociales y de otro tipo que tiene satisfacer el Derecho internacional, sólo podrán llevarse a cabo si se reconoce un mayor reparto de poder entre esos actores. Como ha señalado Klabbers, es evidente que esto sólo se conseguirá “through subjects doctrine that the international allocation of values take place”<sup>161</sup>.

**48.** Es evidente que la situación actual en relación con la subjetividad internacional de las empresas transnacionales es no sólo insatisfactoria, sino chocante. El profesor Fernández Liesa lo manifiesta gráficamente cuando se refiere a las “insuficiencias del Derecho internacional” en relación con los actores no estatales<sup>162</sup>. Que se haya avanzado tanto en el ámbito de la liberalización económica y, por ende, de la competencia al hilo de la globalización, y tan poco en cuanto a su subjetividad, revela que algo no está funcionando bien, sobre todo cuando, dejando al margen los Estados, estas empresas son los actores económicos más poderosos<sup>163</sup>. Por lo tanto, un cambio en relación con los sujetos de Derecho internacional parece ser, para algunos “... a requirement dictated by the *raison du système international* as opposed to the *raison d’Etat* dominating the traditional world of international law”<sup>164</sup>. Y es que a la luz del peso que tienen las empresas transnacionales en el mundo de las relaciones internacionales, se podría decir que cabe la “presunción” de que podrían considerarse con una mayor capacidad de subjetividad que la que realmente tienen<sup>165</sup>.

**49.** Todo esto que acabamos de apuntar en relación con la subjetividad de las empresas transnacionales, requiere – sin embargo – una precisión más. Y es que difícilmente se puede avanzar en este campo sin que previamente se les otorgue un “estatuto jurídico internacional”. Si hay hoy en día más de cien mil empresas transnacionales, no todas merecen tener la subjetividad internacional a la que hemos estado refi-

---

realidad el origen del CIADI, previsto en el conocido Convenio de Washington de 1965, en el que los particulares (personas físicas o morales) tienen acceso directo a un tribunal arbitral igual que los Estados. Los Estados parte de este Convenio aceptan así renunciar al ejercicio de la protección diplomática en el caso de que surja un litigio entre sus ciudadanos y otro Estado parte del Convenio. Esto ha sido considerado como el primer paso en el reconocimiento de estas empresas de una cierta subjetividad internacional, aunque se diga que, si esto es así, es porque su Estado es parte en el Convenio.

<sup>160</sup> A este respecto, cfr. D. THÜRER, “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State”, en R. HOFMANN (Ed.), *Non-State Actors as a New Subjects of International Law*, 1999, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 37-58, p. 58. Véase también D. ESHANOV, “The Role of Multinational Corporations from the Neo-institutionalist and International Law Perspectives. The Concept of the Three-Level Game”, *New York University Environment Law Journal*, vol. 16, 2008, n° 1, pp. 110-169.

<sup>161</sup> Cfr. J. KLABBERS, “I Can’t Get No Recognition: Subjects Doctrine and the Emergent of Non-State Actors”, en J. PET-MAN y J. KLABBERS (Eds.), *Nordic Cosmopolitanism – Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2003, pp. 351–369, p. 369.

<sup>162</sup> Cfr. C. FERNÁNDEZ LIESA, “Sujetos de Derecho y Actores no estatales: cuestiones de Derecho Internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 87-113, p. 108.

<sup>163</sup> Cfr. J. CHARNEY, “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, op. cit., p. 768; y E. A. DURUIGBO, *Multinational Corporation and International Law: Accountability and Compliance Issues in the Petroleum Industry*, New York, Transnational Publishers, 2003, 254 p., p. 203.

<sup>164</sup> Cfr. D. THÜRER, “The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises...”, op. cit., p. 58. Por otro lado, Chris Okeke ya señalaba en 1974 que, “if international law failed to influence and to regulate adequately the course of international relations, it would have lost its value”. Cfr. *Controversial Subjects of Contemporary International Law. An Examination of the New Entities of International Law and their Treaty Making Capacity*, Rotterdam University Press, 1974, p. 217.

<sup>165</sup> Sobre las presunciones en Derecho internacional, véase la obra de J. M. GROSSEN, *Les présomptions en droit international public*, Neuchâtel, Editions Delachaux et Niestlé, 1954, pp. 53 y ss.

riéndonos anteriormente. Y es que, cuando se alude a estas empresas, no nos estamos refiriéndonos a esas empresas que, aunque formalmente hablando sean transnacionales, no tienen el peso suficiente para considerarlas como grandes actores internacionales. Habría por lo tanto que establecer en ese estatuto jurídico los criterios y requisitos pertinentes para saber exactamente cuando estamos ante una empresa de este tipo o no. Entre esos criterios se podría citar el capital necesario, su cifra de negocios, el número de Estados en el que deberían estar presentes o cualquier otro elemento que revele el grado y nivel de sus actividades. Y es que a nadie se le escapa la diferencia entre una empresa transnacional, cuyos negocios sean de unos 100 millones de Euros con otra de 100.000. La primera ni es un actor relevante ni sus actividades parecen plantear riesgos potenciales, pero la segunda sí. Sabemos que se nos podrá reprochar que ese mismo análisis se puede hacer para los Estados, entre los que la desigualdad real entre unos y otros reina por doquier. Sin embargo, mientras que en estos últimos tenemos el concepto de *soberanía*, elemento clave del sistema jurídico internacional, no es posible recurrir a este concepto en el caso de las empresas.

**50.** Numerosos autores, sobre todo originarios de países del Tercer Mundo, se han mostrado contrarios a otorgarles este estatuto jurídico, argumentando que eso crearía un fenómeno que permitiría poner a estas empresas al nivel de los Estados. Este pensamiento, sin embargo, no se sostiene, pues implicaría confundir personalidad jurídica con soberanía, que son atributos jurídicos muy distintos, pues se puede crear u otorgar esa personalidad internacional sin que sean entes soberanos. Además, en la actualidad se reconoce que el concepto de soberanía tiene un alcance cada vez más relativo, por lo que si se invoca esta dificultad a las empresas aludiendo viejos prejuicios o querellas pasadas difícilmente evolucionará el Derecho internacional, aunque somos conscientes de que algo está cambiando, incluso en los países en desarrollo, y no solo en los emergentes.

Así las cosas, conviene apuntar que las empresas transnacionales, y en general otros actores no estatales internacionales, pueden contribuir al desarrollo del Derecho internacional a través de la creación de estándares internacionales que mitiguen o moderen la aplicación de ciertos principios que gozan de un gran consenso internacional, como ocurrió en 2003 en el Caso Land Reclamation (Malasia v. Singapur) en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Y es que, en este caso, el tema era saber no tanto si el Derecho internacional tenía o no en su cuerpo normativo estándares aplicables en materia de navegación, sino de ver cuál de ellos podía ser más útil para resolver aquel caso. Así pues, ante la imposibilidad de los representantes de los Estados de llegar a un acuerdo en torno a la aplicación de aquellos estándares, fueron las ONG's con intereses en la materia en los Estados quienes adoptaron los estándares en el seno de la Asociación Mundial de Infraestructura de Transporte Acuático que representa los puertos, la navegación y los intereses de los armadores<sup>166</sup>. Otro ejemplo podría ser el papel que desempeñan las empresas transnacionales en los arbitrajes en materia de inversiones a la hora de cuantificar los eventuales daños, y que tiene suma importancia, pues están en juego muchos millones que van a depender de cómo se haga la evaluación. Estos ejemplos ilustran con claridad el papel de estas empresas en la creación de estándares internacionales al mediar en la aplicación de los amplios principios jurídicos creados por los Estados.

## X. Conclusión

**51.** Los problemas referentes a las empresas transnacionales en el ámbito del Derecho internacional no son nuevos, aunque con la globalización, la necesidad de encontrar alguna solución al respecto es más acuciante que nunca, sobre todo en relación con la subjetividad. Constituye una gran incoherencia en el sistema jurídico internacional que los principales actores económicos internacionales tras los Estados, como son estas empresas, no puedan contribuir con toda su fuerza a la evolución del Derecho internacional por su débil capacidad jurídica tanto a nivel activo, como pasivo. Esto trae consigo un cierto alejamiento del Derecho internacional de la realidad económica y social internacional actual. Si partimos de la premi-

---

<sup>166</sup> Cfr. T. TREVES, "The International Tribunal for the Law of the Sea", *Italian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2003, pp. 157-169.

sa de que un reforzamiento de la personalidad jurídica de estas empresas no sólo es posible, sino que es necesario, esto nos permitiría romper con esa famosa frase que pronunciara Kant en 1793, según la cual “on the common saying: This may be true in theory, but it does not apply in practice”<sup>167</sup>. Esperando, pues, que la teoría y la realidad vayan de la mano, y siendo conscientes del negativo papel que algunas de estas empresas, en este caso financieras, han desempeñado en la actual crisis financiera internacional, es cada vez más urgente regularlas, estableciendo para ellas un estatuto jurídico claro a nivel internacional.

**52.** Es cierto que la Corte Internacional de Justicia ha insistido, y lo sigue haciendo, que las empresas transnacionales son creadas y reguladas por los Estados, incluso cuando operan fuera del ámbito territorial del Estado en el que se han creado, como lo señaló en los asuntos *Anglo-Iranian Oil Company*<sup>168</sup>, *Barcelona Traction*<sup>169</sup> y más recientemente en el asunto *Diallo*<sup>170</sup>. Sin embargo, esto no es óbice para poder señalar que no hay por qué seguir estricta y literalmente las opiniones de este alto Tribunal, pues sus decisiones solo son vinculantes para los Estados parte en la controversia. Y esto ha ocurrido también con otras figuras o problemas que se han planteado a nivel internacional como ha sido el caso con la legítima defensa, en donde precisamente muchos Estados no solo no comparten las opiniones expresadas por este Tribunal en sus decisiones, sino que actúan incluso contra ellas. Es evidente que el Derecho internacional debe progresar también en materia de la subjetividad internacional para reconocer a las empresas transnacionales a nivel jurídico internacional el peso que, como grandes actores que son a nivel económico, tienen en las Relaciones Internacionales.

**53.** No es fácil decir en la actualidad ni que las empresas no son sujetos, ni objetos, ni personas como los individuos, sino que tienen elementos de todos ellos, por lo que deben ser tratadas como entes *sui generis*. Pero tampoco se les debe considerar como objetos pasivos del Derecho internacional sin responsabilidad alguna a la hora de aplicar el Derecho internacional. Es más, conviene sin embargo tomar en consideración el papel que desempeñan en el desarrollo del Derecho internacional y, por sus características, en beneficio también del desarrollo económico y social, algo que, a pesar de las críticas, es cada vez más evidente<sup>171</sup>.

**54.** Nunca en la sociedad internacional las empresas transnacionales han tenido tanta importancia como en la actualidad. A pesar de que se han dado pasos importantes en el Derecho internacional, la pregunta que se suscita es si esto ha sido suficiente o si hay que seguir diseñando una participación mayor con el fin de regular muchos ámbitos económicos internacionales cuya influencia se expande sobre cuestiones que son vistas como vitales en la actual sociedad internacional como puede ser la protección del medio ambiente y todos los aspectos relacionados con la protección de los derechos humanos. Para todo ello se revela necesario que vayan adquiriendo mayor dosis de participación en el desarrollo de las nuevas normas que afectan a todos estos campos, si es que se quiere impedir que las normas sean pura y simplemente inaplicables, y que surjan innecesariamente conflictos entre estas empresas y los Estados. Si esto no se lleva a cabo, es evidente que se producirán graves distorsiones entre la teoría y la realidad internacional como ha ocurrido en otros ámbitos del Derecho internacional, especialmente en materia de uso de la fuerza. Y es que no se puede ocultar que actores internacionales tan importantes a nivel internacional, sobre todo a nivel económico, como es el caso de estas empresas, no se las haya invitado a participar de una forma más activa en el sistema jurídico internacional, con la excusa no muy fundada en muchos casos, de que pueden representar ciertas amenazas a la sociedad internacional como si estuviéramos todavía en las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado.

<sup>167</sup> Cfr. I. KANT, “On the Common Saying: This May Be true in Theory, but It Does Not Apply in Practice”, en S. CAHN (Ed.), *Classics of Political and Moral Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 792.

<sup>168</sup> Cfr. *ICJ, Reports*, 1952, p. 102 y 112.

<sup>169</sup> *ICJ, Reports*, 1970, pp. 33-34 (párrafos 38-39).

<sup>170</sup> *ICJ, Reports*, 2010, pp. 675-676.

<sup>171</sup> Cfr. V. LOWE, : “Corporations as International Actors and International Law Makers”, op. cit., p. 38.