

LEX MERCATORIA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS



Adoración Guamán*
Profesora internacional invitada

Resumen: El concepto de *Lex Mercatoria* ocupa un lugar de creciente importancia en el debate jurídico actual. El interés por el estudio de este código del capital global se justifica por su renovado carácter expansivo, que se vincula tanto al aumento cuantitativo y cualitativo de los tratados de comercio e inversión como a la reforzada actividad de las instituciones financieras internacionales. La conflictiva relación de ambos fenómenos con los mecanismos de garantía de los derechos humanos, en el ámbito estatal y supranacional, se conjuga con el aumento de las violaciones de derechos humanos cometidas por las Empresas Transnacionales, evidenciando una profunda asimetría normativa. Ante esta situación, el presente artículo ofrece una aproximación al concepto,

* Universidad de Valencia. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, investigadora del Instituto Universitario de Estudios de la Mujer y directora del Grupo de Investigación sobre poder constituyente y nuevo constitucionalismo (DEM+) de la Universidad de Valencia. Coordinadora del Grupo de Trabajo CLACSO “Lex Mercatoria, Derechos Humanos y Democracia”. Dirección de correo electrónico: guaman@uv.es

contenido, actores, instrumentos e impactos que la expansión de la *Lex Mercatoria* provoca en la capacidad de los Estados para respetar, promover y proteger los derechos humanos, apuntando al proceso del *Binding Treaty* como posible vía de contención del código del capital global.

Palabras clave: Lex Mercatoria, tratados de comercio e inversión, ISDS, Fondo Monetario Internacional, derechos humanos, empresas transnacionales, Binding Treaty.

LEX MERCATORIA: A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Abstract: The concept of *Lex Mercatoria* is gaining importance among the current key legal issues. The interest in studying this global code of capital is justified by its renewed expansive character, which is linked both to the quantitative and qualitative increase of trade and investment treaties and to the intense activity of international financial institutions. The conflictive relationship of both phenomena with the mechanisms for guaranteeing human rights, at national and supranational levels, is combined with the growth of human rights violations committed by Transnational Corporations, evidencing a situation of deep normative asymmetry. Taking this reality as a starting point, this article offers an approach to the concept, content, actors, instruments, and impacts of *Lex Mercatoria* on State capacities to respect, promote and protect human rights, pointing to the Binding Treaty process as a possible way to restrain the code of global capital.

Key words: Lex Mercatoria, Trade and Investment Treaties, ISDS, International Monetary Fund, Human Rights, Transnational Companies, Binding Treaty

Introducción

El concepto de *Lex Mercatoria* gana terreno de manera acelerada en el debate jurídico actual. Su renovada centralidad ha sido provocada en buena medida por la creciente expansión de los marcos regulatorios del comercio internacional y de aquellos orientados a la atracción y protección de los intereses de la inversión extranjera. Además, la atención doctrinal hacia la *Lex Mercatoria* (en adelante LM) se ha visto renovada por la evidencia de la difícil relación entre este “Código del capital global” (Pistor, 2019) y los mecanismos de garantía de los derechos humanos a nivel estatal e internacional.

Esta preocupación por los efectos expansivos de la LM sobre los derechos humanos no es novedosa. Distintos Comentarios Generales de organismos

de derechos humanos de Naciones Unidas han remarcado que los Estados no pueden ignorar sus obligaciones respecto de estos derechos cuando adopten acuerdos de comercio e inversión bilaterales y multilaterales. Frases como “los acuerdos de liberalización del comercio no deben restringir ni menoscabar la capacidad de un país de garantizar el pleno ejercicio del derecho al agua”¹, se han convertido en una cláusula de estilo también respecto de otros derechos como la seguridad social² o a la salud³. En concreto, como ha señalado De Schutter (2019) el Consejo de Derechos Humanos ha interpelado regularmente a los Estados para que preparen un informe sobre el impacto en los derechos humanos de los acuerdos de comercio e inversión que concluyan.

En una línea similar, pero enfocándose en la actuación de las Instituciones Financieras Internacionales, en concreto del FMI, el Experto Independiente de Naciones Unidas sobre las consecuencias de la deuda externa⁴, Juan Pablo Bohoslavsky (2017), analizó la capacidad normativa del Fondo Monetario Internacional, asociando la misma a la producción de graves repercusiones en el acceso a ciertos derechos humanos, en particular a los sociales.

Por su parte, De Zayas (2015), en su papel de Experto Independiente de las Naciones Unidas en la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, afirmó con rotundidad que “una de las principales amenazas

¹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/2002/11, General Comment No. 15 (2002): The right to water, paras 35 y 36.

² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/19, General Comment No. 19 (2008): The right to social security, para. 57. Además, el comentario añade que “los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben adoptar medidas para que en sus políticas crediticias, acuerdos de crédito y otras medidas internacionales, se tenga en cuenta el derecho a la seguridad social. Los Estados Partes deben asegurar que las políticas y prácticas de las instituciones financieras internacionales y regionales, en particular las que se refieren a su papel en el ajuste estructural y en la concepción y aplicación de los sistemas de seguridad social, promuevan y no interfieran en el ejercicio del derecho a la seguridad social”.

³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14 (2000) on the right to the highest attainable standard of health, para. 39.

⁴ Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales.

a un orden internacional democrático y equitativo es el funcionamiento de tribunales arbitrales que actúan como si estuvieran por encima del régimen internacional de derechos humanos”.

El concepto de LM aporta un marco de especial utilidad para análisis de estas relaciones conflictivas, aun cuando en sí mismo no es, en absoluto, un lugar pacífico. De hecho, respecto de su definición y contenido existe una considerable producción doctrinal, interdisciplinar y con abundantes opiniones confrontadas. Sin ánimo de reproducir la polémica, el objetivo de la presente investigación no es asentar una definición de un concepto complejo y discutido sino abordar su contenido, los actores que la impulsan, los instrumentos que la vertebran y, fundamentalmente los impactos que la expansión de la LM provoca en la capacidad de los Estados para respetar, promover y proteger los derechos humanos y en la extensión de la impunidad que recubre las violaciones de estos derechos cuando son cometidos por Empresas Transnacionales (en adelante ETN).

Lex Mercatoria: un ensayo (complejo) de definición

Como señalábamos en los párrafos anteriores, abordar la definición del concepto que aquí nos ocupa no es una tarea sencilla. La doctrina ha acometido el análisis del mismo desde diversas disciplinas y ópticas, plasmándose debates fundamentales como su vinculación con la *Lex Mercatoria* medieval originaria⁵, su naturaleza vinculante o no, su carácter autónomo respecto de los ordenamientos estatales, sus fuentes, su relación con el

⁵ La conexión entre esta realidad y la *Lex Mercatoria* medieval es evidente, en particular en lo relativo a su ámbito subjetivo. Cabe recordar que el término se utilizaba ya en Inglaterra desde finales del siglo XIII (Ruysscher, 2020). Como indica Jaramillo (2002), el antiguo *ius mercatorum* era una ley universal creada por los comerciantes a finales de la Edad Media para regular el comercio, de manera autónoma, con el objetivo de encuadrar las relaciones entre ellos y resolver los posibles conflictos, ante la ausencia de un orden jurídico aplicable a los mismos. Aun cuando existen innegables similitudes, por ejemplo en cuanto al ámbito subjetivo entre aquel orden medieval y la LM, no es posible equiparar ambos conceptos. El autor señalado recoge aportaciones doctrinales que señalan cómo se hace un uso erróneo de la experiencia medieval para justificar la existencia de una autonomía regulatoria del derecho consuetudinario transnacional frente a los marcos normativos estatales e internacionales. Precisamente para diferenciarlos, una parte de la doctrina se refiere a la realidad que hoy trabajamos como *Nueva LM* aunque, a efectos de facilitar la lectura de estas páginas, se utilizará sencillamente el término *Lex Mercatoria*.

derecho interno e internacional, su contenido y alcance o sus objetivos e intereses protegidos.

A efectos de adoptar una definición que sea útil para la finalidad de estas páginas, y reflejando de manera muy breve el intenso debate doctrinal, van a recogerse una serie de aportaciones encabezadas por la definición básica de la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Schill 2014). Según la misma, el término *Lex Mercatoria* se usa para designar un cuerpo de normas y principios a-estatal, desarrollado en primer término por la comunidad empresarial internacional sobre la base de la costumbre, la práctica empresarial y los principios generales del derecho aplicados en arbitrajes comerciales para regular las transacciones entre particulares, así como las relaciones comerciales entre particulares y Estados, en el comercio transfronterizo y las finanzas.

La LM se concibe, así como una reacción a la creciente complejidad del comercio internacional moderno, vinculada a la realidad de la globalización económica y a la insuficiencia de los ordenamientos jurídicos estatales para proporcionar soluciones adecuadas a la realidad de los actores económicos trasfronterizos y sus necesidades. Con su construcción se busca una vía de superación de los marcos y las categorías del Derecho en el plano estatal e internacional.

Ahondando en la construcción de una definición, autores como López Ruíz (2010) ofrecen un repaso con las principales construcciones doctrinales del concepto, particularmente útil para la aproximación que aquí buscamos. Como señala el autor, las primeras definiciones del concepto se han atribuido a Goldman (1964) que se aproximó a ella entendiéndola como un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias, espontáneamente elaboradas, que aparecen en las relaciones comerciales sin referencia a un concreto sistema jurídico nacional y basadas en el paradigma de la voluntariedad. Para el autor clásico, la LM se sustenta sobre fuentes como los usos y reglas consuetudinarias, las cláusulas contractuales generales, los contratos tipo, los principios generales y fundamentalmente las decisiones arbitrales. Además, Goldman reconoció que la LM, aun cuando no puede ser considerada como un ordenamiento jurídico en sí mismo, cumple *de facto* la función de un orden jurídico,

regulando tanto relaciones entre privados como relaciones entre Estados y poderes económicos privados⁶.

En esta línea de definición de la LM, el acento se coloca en la autonomía y en la capacidad de autorregulación de la actividad empresarial en el comercio internacional. Las definiciones que ponen el acento en el carácter autónomo de la LM la comprenden como un “derecho global” que no se vincula a los Estados sino a la normas y prácticas empresariales y comerciales, con especial relevancia de las reglas y decisiones del arbitraje comercial internacional.

Como indica Cuniberti (2014), los partidarios de esta idea apostaron por un concepto de LM de carácter expansivo, no sólo justificando la autorregulación en materia del comercio internacional sino ampliando esta capacidad empresarial hacia ámbitos regulados por la norma estatal y desplazando la misma.

Por su parte, Jaramillo (2020) repasa distintas definiciones doctrinales para concluir que el propósito de la LM es facilitar las transacciones comerciales internacionales mediante una regulación que evite las diferencias existentes entre las normas locales y que integre en la mayor medida posible las prácticas y necesidades de los sujetos del comercio internacional, que no son otras que las ETN.

Esta centralidad de los sujetos transnacionales en la producción de la LM y en la definición de sus contenidos y objetivos se ha subrayado también por autores como Fernández Liesa (2011) que señalan que la existencia de poderes privados transnacionales (las ETN) adoptan sus propias reglas de autorregulación, dando lugar a la aparición del derecho corporativo transnacional. Un cuerpo de normas que, en opinión del autor, “parece sustituir el derecho internacional público como modo de regulación de las relaciones internacionales”.

En una línea similar, poniendo el enfoque en el sujeto que crea la LM, López Ruíz (2010) define la misma como “un conjunto normativo disper-

⁶ En cambio, autores como Schmitthoff (1964) definían la LM como una la ley propia de las relaciones económicas internacionales, incluyendo en el concepto las normas (estatales o internacionales) relativas al comercio internacional. Para un desarrollo de la teoría de este autor vid. Petit, 1990.

so, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económico-privadas internacionales, especialmente, de los contratos internacionales a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales. En ese sentido, por nueva *Lex Mercatoria* hoy se entiende un derecho creado por las grandes empresas transnacionales, las *law firms* y ciertas agencias privadas internacionales sin la mediación expresa del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales y financieras que se establecen dentro de la unidad económica que constituye el mercado global”.

Evidentemente, la expansión de la LM no es un fenómeno aislado sino que forma parte de lo que Rodotá (2010) definía como la crisis del moderno Estado nacional y del sistema tradicional de fuentes y que otros muchos autores han calificado como crisis del “imperio de la ley”; en otras palabras, el paso de una realidad caracterizada por las leyes parlamentarias y las dinámicas normativas concentradas en el Estado-nación hacia un modelo determinado por las interacciones multinivel y “multistakeholder”. Como señalaba el jurista italiano, junto con los sujetos públicos tradicionales concurren en la actualidad una amplia diversidad de actores privados con sistemas propios de producción de reglas, o con capacidad para influir en las dinámicas de producción de normas jurídicas, que cobran un protagonismo cada vez mayor. Nos encontramos ante una modificación del sistema de regulación pública que “se reestructura desde sí mismo y cede poder hacia el exterior”, una nueva distribución del poder político y jurídico que se produce en los distintos niveles de producción normativa (Faria, 2001; Olivas, 2007).

Capella (1997) ya recogía la importancia del “soberano privado supraestatal difuso” que impulsa la LM, integrando igualmente las Instituciones Financieras Internacionales (IFI), en particular el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional entre las fuentes de la misa. La participación conjunta de ETN e IFI en la producción de este “derecho económico global” se refleja igualmente en otras aproximaciones doctrinales (López Ruiz, 2007; Zubizarreta, 2013).

La autonomía material y la autonomía conflictual de la LM es otra de las características abundantemente señaladas por la doctrina, sobre las que existe un particular acuerdo. Como ya se ha indicado, para una buena parte de los autores, la LM está constituida por reglas a-estatales y a-internacionales, siendo su origen privado (una suerte de “transcripción jurídica de la globalización económica” según Fernández Liesa, 2011) y constituyéndose como un verdadero orden jurídico que compite con los derechos nacionales. En este sentido, Gilles (2014) la tilda de “regulación generada espontáneamente” por la comunidad internacional en la “sombra” de los ordenamientos nacionales y compuesta por una variedad de normas que son “respetadas por los actores comerciales”.

Por su parte, Calvo Caravaca y Carrascosa (2019) indican con especial tino que la LM no es una *ley* creada para las empresas sino una *ley* creada *por* estas empresas para regular sus actividades en el comercio internacional. Aquí radica la particularidad (y de aquí surgen los problemas) de la LM. Como recuerdan los autores, la conformación de la LM implica una ruptura en el monopolio en la creación del Derecho que desde el siglo XVIII detenta el Estado, transitando de la heteronomía normativa a la autonomía. Así, el rasgo fundamental de la LM sería su carácter autopoiético, su capacidad de reproducirse a sí misma de manera autónoma por las entidades cuya actividad comercial regula y cuyos intereses protege: fundamentalmente las ETN.

Además, la LM tiene un particular poder expansivo. Como señalaba Capella (1997), este conjunto normativo acordado por los grandes agentes económicos, con independencia de los poderes públicos, no solo regula las relaciones inter-corporativas sino las relaciones entre las ETN y los Estados y, más allá, las propias actuaciones públicas estatales. Así, continúa el autor, se trata de una nueva *ley*, de criticado y controvertido carácter vinculante pero que de *facto* ordena y regula las políticas internas de cada Estado. Evidentemente, nuestro autor se acercaba de manera temprana a los conceptos de “autoritarismo de mercado” (Pastor, 2013) y de “captura corporativa” que más tarde desarrollaremos.

La justificación de la necesidad de este orden global del capital es variada, por un lado, se apela a una suerte de eficacia, a la necesidad de contar con nuevos modelos jurídicos más flexibles e imprecisos, pero más eficientes

desde el punto de vista económico (López Ruiz, 2011); por otro, se señala una suerte de “ineptitud estatal” para regular el comercio internacional, lentitud, inadecuación de las normas existentes, desconfianza hacia los gobiernos, necesidad de proteger los intereses de los inversores extranjeros. Lo cierto es, como también veremos en las siguientes páginas y siguiendo a Hernández Zubizarreta (2009) que la LM se ha configurado como una “arquitectura jurídica de la impunidad” del capital transnacionalizado, un “traje a medida”, elaborado por los propios interesados, carente de objetividad y orientado fundamentalmente a proteger los intereses de las corporaciones transnacionales.

Aquí radica uno de los principales problemas de la LM, que, como indica López Ruiz (2010) va más allá de su caracterización o no como ordenamiento jurídico, sino que se centra en la ausencia de una base democrática que legitime su producción normativa, es decir, el problema está en las “condiciones de legitimación democrática” de la LM.

Otro de los problemas fundamentales del fenómeno es la asimetría que resulta de la expansión de la LM (Zubizarreta, 2013). La misma, como hemos visto, tutela y protege los derechos de las empresas transnacionales, sin establecer un sistema de control de las actuaciones de las mismas. Así, las ETN tienen derechos protegidos por la LM pero carecen de responsabilidades explicitadas y garantizadas por los impactos que sus actividades pueden provocar sobre los derechos humanos. Subraya el autor que la LM evidencia la fragilidad de los ordenamientos nacionales receptores de la actividad económica y de los sistemas universales.

Sintetizando las principales cuestiones antedichas, y con el objetivo de delimitar una definición que nos permita ahondar en los actores, instrumentos y consecuencias de la LM, entenderemos la misma como el nuevo orden global que reinterpreta, formaliza y asienta en marcos regulatorios nacionales y particularmente supranacionales el poder del capital transnacionalizado, actuando como una herramienta jurídica fundamental para la protección de los intereses de la inversión extranjera, influenciando de manera decisiva el comportamiento político-normativo de los Estados.

A diferencia de la opinión que afirma la autonomía absoluta de la LM, nuestra aproximación se orienta a evidenciar la necesidad de la participación

estatal, directa o derivada y tanto de los Estados centrales como de los periféricos, en la generación y expansión de la LM. Con esta aproximación no negamos el carácter autopoietico de la LM y su autoreferencialidad pero se remarca que la misma exige a la vez una dosis creciente de “heteronomía”, vinculando a los Estados con la aceptación o inclusión en sus ordenamientos jurídicos de las exigencias de la LM. Así, vemos como su expansión se justifica no solo por el creciente poder de las ETN (cuestión que se tratará en las siguientes páginas) sino por la actuación conjugada de las IFI y del fenómeno de la captura corporativa, en particular sobre los Estados periféricos, que admiten, acogen e integran (o se ven obligados a aceptar) la protección de la inversión extranjera en sus marcos normativos y en sus decisiones políticas.

Aparece aquí el fundamental concepto de captura corporativa, entendiendo la misma como el “ejercicio de influencia abusiva por parte de una(s) élite(s) extractiva(s) –en favor de sus intereses y prioridades y en detrimento del interés general– sobre el ciclo de políticas públicas y los organismos del Estado u otros de alcance regional o internacional, con efectos potenciales en la desigualdad económica, política o social y en el correcto desempeño de la democracia” (Cañete, 2018)⁷. La captura también ha sido definida como el mecanismo por el cual se distorsiona la formulación de leyes, normas y regulaciones en favor de algunos grupos económicos, contradiciendo el bienestar general (Nercesian, 2021).

Si las ETN tienen un papel determinante en esta influencia para subordinar la política estatal a los intereses del capital transnacionalizado, las IFI se han convertido en los actores fundamentales para allanar el terreno a esta captura, revistiendo su actuación en una suerte de legitimidad derivada evidentemente de la participación estatal en su composición. De nuevo, la influencia de las IFI en las normas y políticas nacionales es mucho más

⁷ La misma autora, en su estudio para Oxfam cita como ejemplo de captura los privilegios fiscales a las empresas hondureñas entre 1990-2016 o la situación de República Dominicana, país de la región donde se han reconocido más incentivos a empresas. Como señala el mismo informe, estos incentivos fiscales orientados a atraer la Inversión Extranjera Directa (IED) “campan en América Latina y el Caribe y minan la capacidad recaudatoria y redistributiva del impuesto sobre la renta a las empresas”.

evidente en los Estados periféricos⁸, a esto se refería Zubizarreta (2013), incidiendo en la interacción entre las Instituciones Financieras Internacionales y la LM, al señalar que, para estos Estados periféricos, el reconocimiento y la participación en las instituciones multilaterales implica la subordinación a sus dictados y que “la presencia e interferencia de la OMC o de las políticas del FMI y el Banco Mundial es mucho más intensa y limitadora de la soberanía westfaliana que en los Estados centrales”. El mismo autor señalaba que “la pérdida de competencias relacionadas con el mercado y con el carácter tuitivo del Estado de Bienestar se expresa en las recetas neoliberales y afecta a todo el aparato jurídico de los países receptores. Las desregulaciones, privatizaciones, libertad de mercado y reforma del Estado son los instrumentos jurídico-políticos utilizados”.

En base a todo lo anterior, va a considerarse que la expansión de la LM se sustenta en dos pilares fundamentales: el primero incluye la actuación de las Instituciones Financieras Internacionales (IFIs) y abarca las disposiciones, políticas de ajuste y préstamos condicionados, en particular los acordados entre el Fondo Monetario Internacional (FMI) y los Estados; el segundo pilar integra los acuerdos de comercio e inversión y los sistemas arbitrales de protección de la inversión extranjera⁹.

Las siguientes páginas abordan un análisis de los dos pilares antedichos. Antes se acomete de manera breve una caracterización del sujeto protagónico de la LM: las empresas transnacionales.

Las Empresas Transnacionales como fuente y sujeto protegido por la Lex Mercatoria

Las empresas transnacionales se encuentran hoy en día entre los actores más importantes de la economía mundial (Cadestin, 2018; Guamán, 2021) pero su protagonismo no es en absoluto novedoso. Como se señalaba en el informe encargado en el seno del Comité Económico y Social de Naciones

⁸ Afirmación que se matizó de manera clara tras la crisis financiera de 2008, con la participación del FMI como parte de la llamada Troika y su influencia decisiva en la expansión de las políticas de austeridad impuestas por la UE a los Estados Miembros (Guamán, Noguera, 2015)

⁹ Coincide Sauptelli (2018), con estos pilares se le deben añadir los modelos contractuales uniformados y los principios generales.

Unidas en 1974, el crecimiento y expansión de las empresas multinacionales fue, ya en aquel momento, uno de los más importantes fenómenos económicos¹⁰. Sin embargo, los años posteriores demostraron que el mayor crecimiento de estas empresas se produjo entre la década de los noventa y la primera del presente siglo. De hecho, los análisis de la UNCTAD nos indican que en 1970 se registraron aproximadamente 7.000 empresas multinacionales matrices, mientras que en el año 2000 se contabilizaron 38.000 y 82.000 en 2008 (OCDE, 2018).

A lo largo de esta expansión, las corporaciones señaladas han recibido distintos nombres. En el ámbito de Naciones Unidas se utilizó originalmente el término “empresa multinacional” (EMM) para referirse a una entidad que detenta o controla la producción o facilita servicios fuera del país donde se basa su matriz (Muchlinski, 2010). El término evolucionó pronto hacia el de “empresa transnacional” que identifica a una entidad con capital controlado, aun de manera mayoritaria, por nacionales de un solo Estado que realiza actividad en varios países¹¹. Algunos documentos institucionales decidieron acoger esta acepción. Así, en las non natas “Normas de la Subcomisión” de 2003¹² se abordó la definición de “Empresa Transnacional”, entendiéndola como la “entidad o grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad”¹³.

¹⁰ Report of the Group of Eminent Persons to Study the Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations (1974) UN Doc E/5500/Rev.1, ST/ESA/6.

¹¹ El propio grupo de expertos de nombrado por el ECOSOC en 1974 ya reconocía que: “Existe un acuerdo general en el Grupo de que la palabra “empresa” debe sustituirse por corporación, y un fuerte sentimiento de que la palabra transnacional transmitiría mejor la noción de que estas empresas operan desde sus bases de operaciones a través de las fronteras nacionales. Sin embargo, el término “empresas multinacionales” se utiliza en este informe de conformidad con la resolución del Consejo Económico y Social”. Vid. Report of the Group of Eminent Persons to Study the Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations (1974) UN Doc E/5500/Rev.1, ST/ESA/6.

¹² Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, documento de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003.

¹³ La mayoría de textos institucionales que tratan la relación de estas estructuras con los derechos humanos optan por no incorporar una delimitación exacta, en este sentido vid. las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 1977 o la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social - 5ª edición (marzo de 2017)

Más allá de los intentos de definición, lo cierto es que las ETN carecen de una conceptualización jurídica unívoca. Son entidades que pueden describirse desde diversos planos, políticos, económicos o sociológicos, por lo que la aproximación a las mismas debe realizarse por las características, fundamentalmente su actividad transnacional, y no por su *nomen iuris*. Así, los términos para enfocar el análisis de estas entidades son los de “descentralización” y “deslocalización” que permiten describir su estructura y dinámicas de actuación, vinculadas con el concepto de *Lex Mercatoria* que aquí analizamos.

Las ETN se caracterizan por situar la producción ya no en distintas plantas o centros de trabajo sino en diferentes países, con escasos vínculos con el territorio y la vida o el mercado local y cuya instauración responde a los incentivos ofrecidos por territorios y comunidades locales que compiten, entre sí. Evidentemente, para efectuar esta descentralización las empresas fragmentan el proceso productivo y externalizan sus actividades, desde las nucleares o propias a las accesorias, que serán realizadas por otros actores económicos con muy distintas expresiones jurídicas y vínculos variados, formales o informales, con las matrices. La producción se reubica por tanto en una estructura de red compuesta por proveedores, subcontratistas, trabajadores autónomos, etc.

Esta nebulosa de entidades conectadas a la matriz se estructura a lo largo de extensas cadenas de valor en las que los costes, riesgos, obligaciones y responsabilidades se desplazan hacia abajo, mientras que los beneficios principales se concentran en manos de las matrices¹⁴.

Se trata en esencia, de un giro hacia el aprovisionamiento externo de actividades que eran desarrolladas, y que podrían seguir siéndolo, en el seno de la empresa, pero que son asignadas a un tercer sujeto o entidad jurídicamente independiente. Cuando ese tercero se sitúa en un régimen normativo disímil, un tercer Estado, las dinámicas de descentralización, externalización y deslocalización se conjugan para permitir que la empresa, dividiendo su ciclo productivo, proceda a colocar su producción allí donde pueda obtener una mayor plusvalía, aprovechándose de los estándares

¹⁴ Sobre este tema, vid. entre muchos otros, las aportaciones de Barañano, 2009; Baylos, 2005; Maira, 2014; Cairola, 2015; Hernández Zubizarreta, 2009; Sanguinetti, 2021; Gil y Gil, 2019; Brino, 2020.

normativos menos protectores y desarrollando así un comportamiento conocido como *dumping* social, ambiental o de derechos humanos *lato sensu*.

Evidentemente, la decisión de ubicar la producción en estos países tiene una relación directa con los bajos estándares laborales y los reiterados incumplimientos de las normas internacionales del trabajo que acaban de señalarse. De hecho, el modelo de producción descrito, que se basa en una intensa división internacional del trabajo, no solo se aprovecha de esas condiciones, sino que condiciona el propio desarrollo económico y socio-laboral, también en el plano normativo, de determinados países insertados en los eslabones más bajos de estas estructuras, denominadas cadenas globales de valor.

Las cadenas globales de valor son redes globalmente dispersas formadas por entidades económicas con diversas realidades y objetivos que desarrollan actividades tradicionalmente realizadas por una sola entidad. Las cadenas no tienen personalidad jurídica y se coordinan a través de relaciones formales o informales por una empresa matriz. La extensión de las cadenas también provoca una competencia entre las empresas de un país distinto al que aloja la matriz, que buscan participar de la cadena de una ETN. Así, los “proveedores de primer nivel”, aquellos que trabajan directamente con la ETN y le proporcionan un producto cercano al final¹⁵, compiten entre ellos por la producción, que luego proceden a subcontratar (Lebaron, 2014).

En el año 2019 más de dos tercios del comercio mundial se produjo a través de estas cadenas¹⁶. Los datos (de 2016) demuestran que mientras las ETN daban empleo directamente o a través de sus empresas afiliadas a 82 millones de personas, el trabajo realmente generado a lo largo de sus cade-

¹⁵ Los proveedores de segundo nivel suministran a los del primero y no tienen contacto con la matriz. Los de tercer nivel proveen las materias primas. Las exigencias en cuanto a condiciones de trabajo y medidas de protección laboral y ambiental, tanto establecidas por las matrices como por las normas orientadas a la diligencia debida, difieren en intensidad según se trate de proveedores de primer o segundo nivel. Los de tercer nivel quedan en muchas ocasiones fuera de cualquier exigencia o regulación.

¹⁶ Vid. OCDE, 2019; World Bank, 2020; De Backer, Miroudot, 2014; Pla-Barber, Villar, Narula, 2021.

nas es muchísimo más elevado¹⁷. En este sentido la OIT ha estimado que más de 453 millones de personas en el mundo, es decir, un 20,6% del empleo global, integran su actividad en una de las empresas que conforman la larga cadena de producción de una empresa transnacional (OIT, 2016).

La creciente extensión de las cadenas evidencia una hipermovilidad del capital hacia lugares donde los niveles de protección de los derechos humanos son más reducidos. Esto fomenta la consabida dinámica de competencia normativa entre los Estados (*regulatory competition*) (Hepple, 1997; Barnard, Deakin, 2001; Barnard, 2015, Muir Watt, 2004; Bright, 2013), que compiten entre sí para atraer la inversión extranjera utilizando el factor social, o ambiental, como elemento de competitividad. Esta competencia desemboca en una carrera a la baja (*race to the bottom*), que provoca una paulatina y generalizada reducción de los estándares de derechos y protección de los mismos (Markey, Ravenswood, 2010).

Antes de entrar en la parte central de este estudio, atendiendo a los pilares de la LM, es importante atender a las consecuencias que la COVID-19 ha tenido sobre las cadenas y, por tanto, sobre los derechos humanos de las personas que trabajan en las mismas. Como ha desarrollado Voss (2020), la pandemia ha puesto en cuestión la idoneidad del mecanismo y la estrategia de desarrollo basada en la ubicación de las pequeñas empresas locales de los países de las economías periféricas en los eslabones de las grandes cadenas.

El cierre global establecido como respuesta inmediata a la pandemia tuvo como consecuencia directa la paralización del comercio internacional y, por tanto, la congelación de las dinámicas dentro de las cadenas. Sin posibilidad de transportar la mercancía y de colocar la producción, las cadenas se evidenciaron como sistemas vulnerables y frágiles que, en una mayoría de ocasiones, se desprendieron de los eslabones más bajos. Así, y en particular las cadenas del textil, sufrieron el comportamiento de las matrices

¹⁷ Malesky, Mosley, 2018; Shepherd, 2013; United Nations Conference on Trade and Development, 2017. De hecho, descendiendo a los casos concretos, podemos comprobar que, sólo en la cadena de Nestle, empresa transnacional suiza, trabajan cuatro millones de personas, y que la minera Vale, con sede en Brasil y facturando 25,609 millones de ventas anuales, da empleo a 616,400 personas, aunque solo reconoce tener relaciones laborales con 74.098 trabajadoras/es. Sobre estos casos vid. Guamán, 2019.

que, aplicando el principio de fuerza mayor, cancelaron o pospusieron unilateralmente los pedidos dejando a los proveedores y a los trabajadores sin ingresos, por valor de billones de dólares. Como indica el autor citado, esta situación empeoró la condición de vulnerabilidad de los trabajadores aumentando su riesgo de caer en la esclavitud moderna. Solo en Bangladesh, 1.150 talleres informaron que pedidos por un valor de 3,2 billones de dólares habían sido cancelados o suspendidos al final de abril de 2020, afectando a 2.3 millones de trabajadores (LeBaron et al. 2021).

En este país, y según un estudio fundamental de Anner (2020), la mitad de las empresas matrices cancelaron también los pedidos ya elaborados, sin pagar las materias primas ya utilizadas. Mientras los proveedores cerraban las fábricas y miles de trabajadores se encontraban sin ninguna fuente de ingresos. Esto ocurrió en otros países de Asia y América Central, involucrando a grandes marcas. Además, según indica el Centro de Recursos de Empresas y Derechos Humanos (2021) y la Campaña Ropa Limpia (2021), el reingreso en las empresas ha sido selectivo y se han detectado prácticas antisindicales, dejando fuera del trabajo a las personas organizadas. El “desarrollo” acelerado vinculado a las cadenas evidencia así su enorme fragilidad.

Los instrumentos de la Lex Mercatoria

La dinámica de descentralización y deslocalización señaladas en el apartado anterior exigen marcos regulatorios que la permitan y faciliten, superando las barreras estatales al libre comercio (entre las que se entienden comprendidos, por ejemplo, las normas de regulación de los derechos laborales), otorgando ventajas que “atraigan” a la inversión extranjera, creando zonas francas de inversión¹⁸ o protegiendo de manera directa y diferenciadas a las empresas convertidas en inversores extranjeros. En otras palabras y remarcando lo señalado en la introducción, las ETN requieren, exigen,

¹⁸ Siguiendo la definición de la propia OIT (2017), las ZFI son “enclaves creados en el marco de las políticas públicas de promoción de la inversión extranjera directa (IED) y las exportaciones. En estas zonas, los insumos y las exportaciones están exentos de aranceles a fin de que los productores puedan acceder a los insumos pagando los precios que se practican a nivel internacional, aumentando así su competitividad en los mercados mundiales. A veces, las ZFI están sujetas a regulaciones modificadas, incluso en lo que se refiere a la reglamentación y la administración del trabajo, y algunos países las eximen incluso totalmente del cumplimiento de determinadas normativas”

proponen y fomentan la construcción y expansión de los dos pilares de la LM. Como se avanzó en la introducción, van a tratarse aquí los principales elementos de estos dos pilares a efectos de evidenciar su impacto sobre los derechos humanos.

Los marcos normativos que protegen el libre comercio y la inversión y su impacto sobre los derechos humanos

Todos los acuerdos de libre comercio tienen una finalidad última en común, que no es otra que la eliminación de aquello que puede suponer, en sentido amplio, un obstáculo al libre comercio, o a la inversión, sean barreras directas, indirectas o medidas de efecto equivalente en forma de normas o derechos. En mayor o menor medida, dependiendo del grado de integración previsto y del contenido del tratado, todas las experiencias de integración económica supranacional implican *per se* la reducción de los mecanismos de protección de los derechos, especialmente los sociales, en el ámbito del Estado nación. Por añadidura, cabe recordar que, en sus distintos niveles, estos tratados permiten que la regulación del comercio mundial y de la inversión transnacional se emancipe del control público, limitando la capacidad de decisión de la ciudadanía sobre un amplio número de materias cuya competencia se cede hacia instancias supranacionales indirectamente sometidas al control democrático o no sometidas en absoluto al mismo, con una fuerte permeabilidad a los intereses de las ETN.

Ya en la introducción afirmábamos que estos impactos ocupan un espacio en las discusiones en el seno de Naciones Unidas. Reviste un especial interés el informe del relator y profesor De Schutter (2017) donde se desgana las implicaciones de los tratados de comercio e inversión sobre las obligaciones de respetar, proteger y realizar los derechos humanos.

El informe señala que, en primer lugar, la obligación de respeto debe impedir que un Estado suscriba un acuerdo de comercio e inversión que le obligue a reducir la protección que otorga a determinados derechos, como suele suceder con los derechos a la propiedad intelectual, a la salud (con la cuestión de los organismos genéticamente modificados) o los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, algo particularmente vinculado a los instrumentos de Cooperación Reguladora.

En segundo lugar, la obligación de proteger exige que los Estados no suscriban tratados que los incapaciten o que aminoren su capacidad para controlar y en su caso enjuiciar los comportamientos de los actores privados que vulneren los derechos humanos, lo que suele ocurrir cuando se suscriben acuerdos que integran los mecanismos de resolución de controversias inversor-estado (ISDS). En tercer lugar, la obligación de realizar implica la imposibilidad de que un Estado acepte una serie de obligaciones que le imposibiliten para el adecuado desarrollo de los derechos humanos; imposibilidad que se deriva, por ejemplo, de los mecanismos de la liberalización de servicios que incorporan la llamada lista negativa o las cláusulas de no reversibilidad, que impiden revertir las políticas de liberalización y desregulación (Guamán, 2015).

A efectos de desarrollar brevemente estas implicaciones, va a atenderse (de manera necesariamente concisa) a dos elementos concretos presentes en un buen número de tratados de comercio e inversión: la Cooperación Reguladora y los mecanismos de solución de disputas inversor/Estado.

La Cooperación Reguladora puede encontrarse en diversos acuerdos multilaterales de la OMC y, con distinto alcance, en casi todas las experiencias de integración supranacional, aunque su expansión se vincula a los procesos de tratados mega-regionales impulsados en particular por la Unión Europea desde 2015¹⁹. A través de los mecanismos de cooperación regula-

¹⁹ Dentro de los acuerdos considerados de “nueva generación” se incluyen particularmente los llamados acuerdos mega-regionales, como el Tratado Trans-Pacífico (TPP), el fallido Tratado Transatlántico (TTIP), el tratado entre Canadá y la Unión Europea (CETA) y todos los negociados recientemente por la Unión Europea. Cabe recordar que en el año 2006, la Comisión Europea aprobó la Comunicación titulada «Una Europa global: competir en el mundo». En aquel momento, la UE abandonó la estrategia del multilateralismo en materia comercial, apostando por un acercamiento a los Estados Unidos, nuevo objetivo preferente en este ámbito y por las relaciones bilaterales. Se trata de un giro fundamental, explicado por diversos autores como una consecuencia de la emergencia de una clase capitalista europea transnacional con capacidad para utilizar los canales institucionalizados e informales y ejercer una influencia decisiva en la Comisión y en los gobiernos estatales a fin de que estos actúen en su beneficio y reduzcan las esferas remanentes de proteccionismo y las barreras protectoras internas (Siles-Brüge, 2014). Este giro en la política comercial exigía una mayor capacidad de maniobra de la UE frente a los Estados miembros que se plasmó en las reformas contenidas en el Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de enero de 2009 (García, 2009). Como elemento de especial importancia se amplió el ámbito de la política comercial común para englobar a los acuerdos comerciales relativos a los intercambios de servicios, los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial y las inversiones extranjeras directas (incluyendo, por

dora se imponen restricciones de obligado cumplimiento para los Estados firmantes relativas a las reglas de producción y comercialización de determinados productos (Ghiotto, Guamán, 2018).

La importancia del establecimiento de estas restricciones, que *de facto* limitan la capacidad normativa estatal, fue resaltada por la Unión Europea en las negociaciones de macro acuerdos regionales como el *non nato* TTIP (con Estados Unidos) y el CETA (con Canadá) (vid. Guamán, 2017). En particular la Comisión Europea, resaltó la importancia de los instrumentos de cooperación reguladora afirmando que el 80% de las ganancias que supuestamente implicarán estos acuerdos resultarán tanto de la liberalización del comercio de servicios y de la contratación pública como (fundamentalmente) de la reducción de los *costes* impuestos por la burocracia y las *regulaciones*²⁰, que pueden actuar como Barreras No Arancelarias (BNA). De acuerdo con la definición de la UNCTAD (2012), las BNA son aquellas “medidas políticas, distintas de los aranceles aduaneros, que potencialmente pueden tener un efecto económico en el comercio internacional de mercancías, alterando las cantidades comercializadas o los precios o ambas cosas”.

Al integrar estas medidas de “cooperación reguladora” estos tratados tienen una mayor capacidad de influir en el contenido de la legislación inter-

tanto, los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado). Desde entonces hasta la actualidad, la Comisión Europea ha sostenido reiteradamente que la política comercial es la principal fuerza estabilizadora de la economía, afirmando que “el comercio es uno de los pocos instrumentos disponibles para impulsar la economía sin imponer una carga a los presupuestos estatales”. Para potenciar esta política, la agenda de la Comisión incluye la firma de tratados bilaterales con países en todos los continentes de manera paralela a su participación en la OMC, aunque sus dos objetivos fundamentales son los acuerdos con EEUU y Canadá. Además, la Comisión plantea ampliar el concepto de política comercial que, según su propia interpretación, integra ahora medidas como la contratación pública, la competencia (incluidas las subvenciones), las barreras sanitarias y fitosanitarias, las cuestiones reglamentarias, la circulación temporal de profesionales, etc.

²⁰ La OCDE ha establecido una definición muy amplia de regulación, señalando que la regulación abarca una gran variedad de instrumentos mediante los cuales los gobiernos establecen requerimientos para empresas y personas. Bajo el paraguas del término regulación cabe incluir leyes, órdenes formales e informales y reglamentos subordinados que emanan de todos los órdenes de gobierno, así como normas procedentes de organismos no gubernamentales o autorreguladores en los que los gobiernos han delegado facultades en materia de regulación. Por lo tanto, regular no es solo producir normas de cualquier rango, sino ejercer un control prolongado de una actividad, resolver controversias o incluso sancionar (Muñoz, 2009).

na que ahora se ve condicionada por dos factores: el paulatino esfuerzo por ir armonizando, a la baja, los estándares normativos entre los distintos países que son parte de los tratados comerciales y el “efecto congelación” que provocan los mecanismos de arbitraje inversor-estado (Echaide, 2017).

Precisamente, el otro instrumento de especial controversia por su impacto la capacidad de los Estados de respetar, proteger y realizar los derechos humanos es el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado, conocido como ISDS por sus siglas en inglés.

A modo de recordatorio, cabe señalar que se trata de un sistema que permite a los inversores extranjeros demandar a un Estado ante un tribunal privado de arbitraje y eludir el sistema judicial estatal. El inversor puede hacer uso de este sistema para proteger sus derechos de propiedad o los beneficios reales o previstos de su inversión frente a una amenaza a los mismos derivada bien de la aprobación de una norma estatal –relativa, por ejemplo, a la salud, medio ambiente o derechos laborales–, bien de la ejecución de una política social que pueda aminorar los beneficios de la inversión extranjera.

Las características fundamentales del mecanismo, en su configuración habitual, serían las siguientes: ausencia de intervención del Estado de origen del inversor, que no tiene que autorizar o apoyar la demanda contra el Estado de recepción; libre elección del inversor entre demandar al Estado por el procedimiento judicial ordinario, como debe hacer cualquier empresa nacional, o acudir directamente al tribunal de arbitraje internacional; reconocimiento de un acceso exclusivo a los inversores extranjeros, que excluye a las empresas nacionales; falta de recursos o de procedimientos de revisión de las decisiones adoptadas por los árbitros; composición ad hoc de los tribunales de arbitraje para cada caso; confidencialidad del proceso y de los resultados; extensión del impacto del mecanismo más allá del tradicional control de las expropiaciones o nacionalizaciones y su afectación, también, sobre el conjunto de decisiones o normas que puedan adoptar los poderes públicos (Krajewski, 2015).

Por su parte, De Zayas (2015) identificó como principales problemas causados por el ISDS los siguientes: la garantía a los inversores extranjeros de más derechos que a los inversores nacionales, con lo cual se estable-

cen condiciones de competencia desigual; la falta de transparencia de los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados y las preocupaciones por la independencia y la imparcialidad de los árbitros; el conocido como efecto “Chilling Effect” que se deriva del temor a una posible sentencias condenatoria y que lleva a los Estados a abandonar medidas para proteger la salud pública y a reducir las exigencias de las normas ambientales, pudiendo disuadirles también en el futuro de tomar medidas para respetar, proteger y cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, con el consiguiente efecto negativo en el orden internacional democrático y equitativo.

El problema no es menor. Según la base de datos de la UNCTAD²¹, existen en la actualidad 2258 TBI en vigor, a los que cabe sumar 324 tratados con mecanismos de protección de la inversión extranjera. La utilización de los mecanismos de resolución de controversias inversor-estado con las características antedichas está experimentando un crecimiento espectacular. Entre los años 1987 y 1995 se interpusieron seis demandas, entre 2014 y 2020 se han interpuesto 516. El total de casos conocidos entre los resueltos y los pendientes ya asciende a 1104.

De entre los efectivamente concluidos, 740, el 28,6% ha sido favorable al inversor, el 20% resuelto por acuerdo y el 37% favorable al Estado. Aun en estos casos, los costes en defensa suponen habitualmente un elevado desembolso para las arcas públicas. Las empresas ubicadas en Estados Unidos tienen el récord de demandas interpuestas, siguiéndoles las empresas de Holanda, Reino Unido, Alemania, Canadá y España. Los Estados más demandados son Argentina, Venezuela, España, la República Checa y Egipto. Estados Unidos no ha perdido un solo caso, mientras que los Estados de la UE han ganado solo la mitad.

De entre los casos más llamativos por enfrentar de manera clara la protección de los intereses de los inversores frente a la protección de los derechos humanos, podemos destacar el caso *Chevron Texaco vs. Ecuador* (Guamán, 2019). La demanda de Chevron Texaco contra el Estado ecuatoriano ha sido uno de los casos más conocidos por su repercusión y su magnitud.

²¹ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000>

Desde el año 1962 y durante casi 30 años, hasta 1992, la empresa petrolera Chevron, entonces Texaco, extrajo petróleo de la Amazonía ecuatoriana. Aquellas operaciones se caracterizaron por una doble realidad: fueron extremadamente rentables para la empresa y generaron una contaminación sin precedentes, devastando casi medio millón de hectáreas de selva amazónica. Rentabilidad y catástrofe estuvieron vinculadas de manera inextricable en lo que se ha llegado a denominar el “Chernóbil ecuatoriano”, una catástrofe mayor que la del Exxon Valdés (Ceceña, Ornelas, 2017).

Las demandas de las víctimas contra la transnacional han dado lugar a procesos judiciales en distintas jurisdicciones nacionales, internacionales y foros regionales. En 1993, las víctimas demandaron en New York a Texaco Petroleum Company²² por daños ambientales. La utilización de la doctrina del foro de no conveniencia por los tribunales en Nueva York y la petición y compromiso explícito de la empresa de ser juzgada en Ecuador llevó a las víctimas a demandar a la empresa ante la jurisdicción del país andino donde se cometió el daño, obteniendo una sentencia favorable que devino firme en 2012.

Esta sentencia, que condena a la empresa a pago de una indemnización de 9.500 millones de dólares, no ha podido ser ejecutada todavía (Pigrau, 2014). Chevron no tiene activos en el Ecuador y las víctimas se han visto forzadas a perseguir la ejecución de la sentencia en otras jurisdicciones donde sus demandas están siendo rechazadas (Brasil o Argentina) o siguen pendientes (Canadá). Al tiempo que era demandada, Chevron contrató y ha conseguido llevar a los defensores de las víctimas ante la justicia de Estados Unidos²³ y al Estado ecuatoriano ante varios procedimientos de arbitraje inversor-Estado (Chevron I, II, y III).

²² El 07 de septiembre del año 2001 la Federal Trade Commission aprobó el acuerdo que permitió la fusión de Chevron Corp. y Texaco Inc. Desde entonces la compañía pasó a llamarse ChevronTexaco, para posteriormente cambiar su nombre nuevamente a Chevron.

²³ El 1 de febrero de 2011, Chevron había presentado una demanda bajo la Ley de Organizaciones Corruptas e Influencia Extorsiva (RICO, por sus siglas en inglés) contra los demandantes ecuatorianos, sus abogados y representantes. La sentencia del caso RICO prohibió que los demandantes pudieran ejecutar su sentencia en contra de Chevron en Estados Unidos y que los abogados de los ecuatorianos se beneficiaran de cualquier modo (USDC, SDNY, Chevron Corporation v. Steven Donziger, et al., Case 1:11-cv-00691-LAK-JCF Document 1874. Filed 03/04/14; p. 469)

El caso arbitral evidencia cómo, aun considerándose probada la existencia de un crimen corporativo contra la naturaleza y los derechos humanos, la culpable, la empresa, mantiene su impunidad gracias a la combinación de carencias normativas, estrategias jurídicas, captura corporativa y los “nuevos derechos” concedidos a las empresas transnacionales, en particular, el acceso a la justicia, a partir de los dos elementos de la Lex Mercatoria señalados en este epígrafe: los TBI y el ISDS.

Chevron ha demandado al Ecuador en tres ocasiones (Chevron I en 2004; Chevron II en 2006 y Chevron III en 2009), en los tres casos, la utilización del mecanismo de arbitraje de inversiones ha respondido a una actuación defensiva de la empresa, para obtener por la vía del arbitraje y de la protección que le otorga el derecho comercial, la impunidad frente a las condenas recaídas en la jurisdicción ordinaria²⁴. El Segundo Laudo Parcial de la Fase II, en adelante Laudo de 2018²⁵, que decide sobre el fondo del asunto fue hecho público en agosto de 2018.

Este laudo es el ejemplo perfecto de cómo el mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado es utilizado para convertir décadas de litigio ante la jurisdicción ordinaria en un ejercicio inútil y para arrumbar el derecho humano fundamental al acceso a la justicia. En su fallo, el tribunal ordenó al Estado de Ecuador lo siguiente (apartado 10.13):

- a) Tomar medidas inmediatas para eliminar la “ejecutabilidad” de la sentencia de Lago Agrio (desde la primera instancia a las subsiguientes).
- b) Tomar medidas inmediatas para impedir que se inste el cumplimiento de parte de dicha sentencia, por cualquier medio.

²⁴ Para un análisis de este caso, hasta el año 2013, vid. PIGRAU, A., “The Texaco-Chevron case in Ecuador: Law and justice in the age of globalization”, *Revista catalana de dret ambiental*, Vol. V Núm. 1 (2014): 1 – 43.

²⁵ PCA CASE NO. 2009-23. In the matter of an arbitration before a tribunal constituted in accordance with the treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, signed 27 august 1993 (the “treaty” or “BIT”) and the UNCITRAL arbitration rules 1976 (the “UNCITRAL arbitration rules”). between: 1. Chevron Corporation (“Chevron”) 2. Texaco Petroleum Company (“TexPet”) (both of the United States of America) The First and Second Claimants - and - The Republic of Ecuador, the Respondent. Second Partial Award on Track II dated 30 August 2018. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9934.pdf>. En adelante: Laudo de 2018.

- c) Notificar con prontitud y por escrito del contenido de la resolución del tribunal respecto de los actos internacionalmente ilícitos, incluyendo la denegación del acceso a la justicia cometidos por el Ecuador en el caso Lago Agrio, a cualquier Estado, incluyendo su poder judicial, donde los demandantes de Lago Agrio estén intentando o puedan intentar en el presente o en el futuro la ejecución o el reconocimiento de cualquier parte de la sentencia de Lago Agrio.

Como es evidente, el laudo de 2018 ordena a la República del Ecuador adoptar una decisión que implicaría intervenir el poder judicial para interferir en una causa entre particulares a efectos de defender los derechos de una de las partes (precisamente la más poderosa y la que no es un ser humano). No existe una vía jurídica interna que permita esta acción por lo que se pretende obligar al Estado a adoptar una decisión ilegal, contraria al principio de supremacía constitucional, a la independencia judicial y la separación de poderes, a la primacía de los Derechos Humanos, al reconocimiento del derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, entre otros principios y derechos que están consagrados en la Constitución del Ecuador.²⁶

Antes de la adopción de este Laudo, el Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de Zayas, en su informe de 2015, ya se había pronunciado sobre la cuestión a la luz del contenido de los laudos interinos, afirmando que en los mismos se ordenó la comisión de una violación del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, el Experto se refirió al ordenamiento internacional señalando que, el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas implica que “los acuerdos de libre comercio bilaterales y multilaterales y los acuerdos de inversión que contienen disposiciones que estén en conflicto con la Carta, deben revisarse o revocarse, y deben suprimirse las disposiciones incompatibles con arreglo a la doctrina de la divisibilidad (severability)”. Por último, es importante remarcar la

²⁶ Adoración, Guamán y Marco, Aparicio Los derechos de la Naturaleza y la lucha frente al poder corporativo en Ecuador (p. 227- 268) en La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático p. 262 / editores académicos Liliana Estupiñan Achury. [et al.]. Bogotá: Universidad Libre, 2019. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16011/Derechos%20Naturaleza%20%20%281%2912-2019.pdf?sequence>

clara obligación de jerarquización entre las obligaciones que derivan de los acuerdos de comercio e inversión y los derechos humanos que se establece en el art. 36 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos²⁷.

La pregunta que suscita la lectura del caso es evidente: ¿qué papel juega el derecho internacional de los derechos humanos frente a decisiones, tratados y laudos protectores de la inversión extranjera que sitúan a las empresas como sujetos protegidos de manera preferente? La respuesta nos la sugiere Echaide (2017) que, al analizar el impacto del ISDS sobre el derecho al agua²⁸, afirma que: “con esta erosión de los derechos humanos, la fragmentación del derecho internacional, la multiplicación de normas y la asimetría jurídica entre ciertas normas que se aplican más vigorosamente que otras, no causan una eficacia del derecho, sino todo lo contrario: una proliferación de normas que no respetan un orden jerárquico y producen desequilibrios entre bienes jurídicos protegidos que se ven afectados en un mismo caso pero que son tratados en ámbitos jurídicos distintos, debido a la mencionada fragmentación. Con este desequilibrio y esta ineficacia del derecho para casos tan delicados como el de garantizar el derecho al agua potable y el saneamiento a los habitantes de un territorio determinado, se produce un debilitamiento del rule of law con lo que se evidencia una distancia mayor entre el objetivo pretendido y el resultado obtenido”.

Los acuerdos entre Estados e Instituciones Financieras Internacionales

Señalábamos en el apartado segundo que la LM requiere el sustento institucional, sea en el plano nacional o internacional, para desarrollarse y expandirse. En esta vinculación entre instituciones y LM destaca con particular fuerza el papel de las Instituciones Financieras Internacionales y, muy en concreto, el FMI (Ugarteche, 2018, Nemiña y Larralde, 2019).

²⁷ Art. 36: Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores.

²⁸ Para una revisión del impacto sobre el derecho a la salud, se remite a Tole, 2020. De este autor reviste interés, con carácter general y desde una perspectiva colombiana, sus obras de 2014 y 2019.

A efectos de evidenciar la conexión entre esta institución y la LM es interesante acudir a un ámbito en el cual el Fondo ha sido particularmente activo, como es el ámbito *iustlaboral*. En este sentido, ya se citó en la introducción el trabajo del Experto Independiente de Naciones Unidas Juan Pablo Bohoslavsky (2017)²⁹, que remarcó cómo la capacidad normativo/laboral del Fondo Monetario Internacional viene evidenciándose desde los años 50.

A modo de ejemplo el experto relata cómo en los años cincuenta el FMI pidió a la Argentina que controlara los aumentos salariales; en los años ochenta, en el contexto de la crisis de la deuda mexicana, el Fondo exigió, entre otras cosas, la reducción del número de empleados públicos y de sus salarios. En los años noventa las recomendaciones del Fondo se multiplicaron. En Argentina, por ejemplo, el programa de ajuste estructural incluía la ampliación del período de prueba, y primacía de los acuerdos concertados a nivel de empresa sobre los acuerdos sectoriales.

El propio Fondo reveló, en su informe titulado *Stabilization and Reform in Latin America: A macroeconomic perspective on the experience since early 1990s* de 2015, que entre las principales recomendaciones para los países de América Latina “a fin de aumentar el crecimiento económico” se encontraban las siguientes: promover la apertura económica y la liberalización del comercio; reducir al máximo la intervención del Estado en la economía; reducir el gasto social para el saneamiento presupuestal; en materia laboral, desregular y flexibilizar el mercado laboral a fin de hacer frente a la excesiva rigidez laboral en la región. El Fondo también admitía que “en muchos casos es preciso modificar las políticas e instituciones para impulsar el crecimiento y la creación de empleo. Estas modificacio-

²⁹ En su informe presentado al Consejo de Derechos Humanos en marzo de 2017, el relator afirmó textualmente que: “*En muchos países desarrollados y países en desarrollo, las instituciones financieras multilaterales y regionales han promovido reformas de la legislación laboral en el marco de políticas de austeridad, en el supuesto de que ello impulsaría el crecimiento económico y prevendría las crisis de la deuda o contribuiría a superarlas. En muchos casos, esas instituciones han recomendado o insistido en que, como condición de sus préstamos, se flexibilice el mercado de trabajo mediante la desregulación, la reducción del sector público y la congelación o reducción de los salarios y los beneficios sociales relacionados con el trabajo con el fin de reducir el gasto público. Así pues, atendiendo a esas recomendaciones, muchos gobiernos nacionales han reducido o eliminado ciertos derechos laborales –a veces bajo fuertes presiones– con la esperanza de superar sus dificultades financieras*”.

nes pueden ser polémicas desde el punto de vista político, y difíciles de implementar. En casos extremos, puede ser necesario bajar los costos”.

Desde luego, no fueron casos aislados, ni se limitaron a los años noventa. Como relata el Informe Bohoslavsky, entre los años 1994 y 2007, el 50% de todos los programas de préstamo del FMI conllevaban condiciones laborales. Además, y en concreto, un tercio de las cartas de intención firmadas entre el FMI y estados entre 1998 y 2005 contenían compromisos de flexibilizar la regulación del mercado de trabajo³⁰. Entre 2010 y 2015 se emprendieron reformas de ese tipo en 89 países.

En este periodo, la “política laboral del FMI” afectó además a 49 países en desarrollo pero se extendió significativamente al ámbito de la UE, durante el periodo posterior a la crisis financiera del año 2008³¹. La participación del FMI en la Troika y la firma de los “Memorándum de Entendimiento” con países como Grecia han dejado la capacidad del Fondo para impulsar la toma de decisiones de carácter normativo en el ámbito estatal (Salomon, 2015; Guamán, 2018; Salcedo, 2013; Koukiadaki, Krestos, 2012)

Las dinámicas señaladas evidencian, por un lado, una invasión del mundo de las normas del trabajo desde las Instituciones Financieras que fomenta o incluso provoca, una afectación clara de derechos establecidos en convenios fundamentales de la OIT (Guamán, 2020), como los relativos a la libertad sindical y la negociación colectiva; por otro, la asunción por parte de las IFI de la defensa de los intereses de las ETN, en claro sustento de la dinámica expansiva de la *Lex Mercatoria*.

³⁰ Sobre estas reformas, subrayó Goldin que “en el plano específico de las relaciones de producción, aquella lógica tendió a concebir a las normas laborales como mera interferencia en la capacidad de ajuste de los mercados. En esa condición, se les imputó operar como factores de restricción a la competitividad de las empresas y a la inversión, se les estigmatizó como responsables del crecimiento de la informalidad, del desempleo y de la subocupación” (Goldin, 2007).

³¹ Se trata de un periodo de ajuste impuesto a los Estados Miembros de la UE, fundamentalmente entre 2009 y 2015, en primer lugar desde la Troika y en segundo lugar desde las “Recomendaciones por país” y el “Semestre Europeo”. Sobre esta cuestión se remite a la bibliografía y el desarrollo contenido en Guamán, Noguera, 2015.

Conclusiones

Señalaba Boaventura de Sousa Santos (2014) que esta fase de “capitalismo desorganizado” se caracteriza por el derrumbe de muchas de las formas de organización de épocas anteriores. El principio del mercado alcanza una intensidad sin precedentes que coloniza los principios del Estado y la comunidad. El papel del Estado y sus funciones se reorganiza como consecuencia de la intensa relación (o captura) entre el poder político y el económico, del autoritarismo de mercado ejercido por las Instituciones Financieras Internacionales, del poder exorbitante de las empresas transnacionales o de la creciente concentración de la riqueza. Recuerda nuestro autor que todas estas circunstancias acaban diluyendo la soberanía y los poderes del Estado, en particular su capacidad para respetar, promover y proteger los derechos humanos.

Se evidencia así la existencia de una profunda asimetría normativa (Hernández Zubizarreta, 2009; Echaide, 2017) entre el conjunto de elementos que componen la LM y el derecho internacional de los derechos humanos que se agrava de manera continuada. Mientras la LM se fortalece, el estancamiento del derecho internacional público y de los derechos humanos se evidencia, al tiempo que aumentan las denuncias de violaciones de estos derechos provocadas por las actividades de empresas transnacionales desarrolladas a lo largo de sus cadenas globales de valor. De hecho, una simple búsqueda en las bases de datos del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante CDHNU) indica que entre el día de la aprobación de los PRNU y la actualidad se han enviado 660 comunicaciones a empresas y estados relativas a violaciones de derechos humanos, firmadas por el Presidente del *Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* y diversos Relatores Especiales³². Cada comunicación, elevada dentro del marco del mandato de los relatores y del sistema de procedimientos especiales del CDHNU, relata una situación de posible crimen corporativo y la cifra ha ido aumentando rápidamente: de esas 660 comunicaciones 448 se han realizado entre enero de 2019 y la actualidad.

³² La base de datos donde puede realizarse la búsqueda es la siguiente: <https://spcommreports.ohchr.org/Tmsearch/TMDocuments>

Como es bien sabido, esta situación ha sido constantemente denunciada desde hace más de cincuenta años, tanto por las organizaciones de la sociedad civil como por instituciones y organismos de derechos humanos (Guamán, González, 2018). A lo largo de este periodo de tiempo se han realizado determinados avances en la cuestión que han tratado de compensar la asimetría normativa recomendando, con escaso éxito, parámetros de conducta a las ETN, sin capacidad o voluntad para establecer obligaciones directas de resultado y sanciones por la comisión de las violaciones. La adopción de los Principios Rectores de Derechos Humanos (PRNU) en 2011³³ o la publicación de un número creciente de normas estatales sobre diligencia debida son una muestra de ello.

Ante el constante aumento de las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales, vinculado al creciente ritmo de expansión de la LM, se está gestando una iniciativa que despunta como propuesta con real capacidad para forzar a las empresas transnacionales a respetar los derechos humanos en el conjunto de sus actividades, incluyendo la totalidad de su cadena. Esta iniciativa, conocido como Binding Treaty o “instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los derechos humanos”, se negocia desde hace 7 años en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

La historia de la negociación de este tratado comenzó el 26 de junio de 2014, cuando el Consejo de derechos humanos de Naciones Unidas adoptó la Resolución 26/9 por la que se creó “un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales ETN y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato es elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los derechos humanos”³⁴. La Resolución fue impulsada por Ecuador y Sudáfrica y contó con 20 votos a favor, 13 abstenciones, y 14

³³ Consejo de Derechos Humanos, A/C/17/31, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. 27 de marzo de 2011.

³⁴ Resolución A/HRC/RES/26/9 «Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos»: adoptada con votación en el Consejo de derechos humanos (CDH) de las Naciones

en contra. Todos los países de la Unión Europea presentes, así como Japón y Estados Unidos votaron en contra. Su oposición se ha seguido manifestando en las distintas reuniones.

La Resolución reflejaba la necesidad, reiterada por Ecuador y otros países, desde la misma aprobación de los Principios Rectores, de superar las normas basadas en la voluntariedad y introducir en el derecho internacional obligaciones directas a las empresas transnacionales que aseguren su respeto los derechos humanos, tanto por parte de las matrices como en las actividades desarrolladas lo largo de la cadena global de valor. Este anhelo, compartido por la sociedad civil y diversos Estados se ha ido plasmando en un texto cuyo contenido suscita en cada sesión un intenso debate.

El grupo de trabajo creado por la Resolución 26/9, presidido desde su creación por Ecuador, ha celebrado siete sesiones en Ginebra. La séptima sesión de negociación tuvo lugar entre el 25 y el 29 de octubre de 2021, con la participación de 70 Estados, la Unión Europea, la OIT, la Cámara de Comercio Internacional y más de un centenar de ONG con estatus ECOSOC, en representación de muchas otras organizaciones. La sesión se centró en la negociación pormenorizada del futuro texto, artículo por artículo, donde se plantearon los debates fundamentales acerca del ámbito subjetivo (todas las empresas o las ETN), la necesidad de incluir la mención a la cadena global de valor en el articulado, el alcance de la diligencia debida y su extensión como obligación directa de las empresas, la inclusión o no de obligaciones directas a las empresas de respeto de los derechos humanos o la relación entre este tratado y la *Lex Mercatoria*, en concreto los tratados de comercio e inversión.

La posibilidad de que este futuro tratado sea una vía para solventar la asimetría existente entre las garantías de los derechos humanos y la LM es una cuestión que planea permanentemente sobre las negociaciones del *Binding Treaty*. El rechazo de las organizaciones internacionales de empresarios o las reticencias de la Unión Europea o de Estados Unidos, todos ellos implicados como hemos visto en la promoción y extensión de la LM, evidencia la permanente pugna de intereses.

Unidas el 26 de junio de 2014. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>

La solución de la asimetría expuesta en los párrafos anteriores no debe demorarse más, la protección de los derechos humanos no puede seguir cediendo espacio a la protección de los intereses de las corporaciones, cuya utilización de la LM sigue avanzando en espacios que parecían impensables desde una óptica de los derechos humanos. Una prueba de esta expansión es la utilización de la LM durante la pandemia por las ETN. Como señalan Giottho y Müller (2021), durante el primer año de la pandemia de Covid-19, las ETN han presentado un alto número de demandas a través de mecanismos de ISDS así como una importante cantidad de amenazas de demandas, por lo menos 24, que en 2021 y 2022 pueden convertirse en demandas formales. En concreto, Chile ha sido uno de los países demandados por empresas extranjeras vinculadas a las reformas normativas para paliar la crisis sanitaria en el contexto de la pandemia, algo que demuestra la creciente incompatibilidad entre la *Lex Mercatoria*, los derechos humanos y la propia democracia.

Bibliografía

- ANNER, M. 2020. “Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains” University Park: PennState. Disponible en: <https://www.workersrights.org/wp-content/uploads/2020/03/Abandoned-Penn-State-WRC-Report-March-27-2020.pdf>
- BARAÑANO, Margarita. 2009. “Contexto, concepto y dilemas de la responsabilidad social de las empresas transnacionales europeas: Una aproximación sociológica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 27, núm. 1.
- BARNARD, Catherine. 2005. “Social dumping and race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware”, *E.L. Rev.* 25. No 1.
- BARNARD, Catherine, DEAKIN, Simon. 2001. “Market access and regulatory competition”, *Jean Monnet Working Paper* 9/01, <http://www.jeanmonnet-program.org/pa-pers/01/012701.rtf>.
- BAYLOS, Antonio. 2005. “Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”, *Lan Harremanak*/12 (2005-I).
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. 2017. *Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos*

- los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, Consejo de Derechos Humanos, 34 Período de Sesiones, Naciones Unidas A/HRC/34/57.
- BRIGHT, Claire. 2013. “L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales» *European University Institute*, (<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/29602>).
- BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER. 2021. *Union busting and unfair dismissals: Garment workers during COVID-19*.
- CADESTIN, C., et al. 2018. “Multinational enterprises and global value chains: New Insights on the trade-investment nexus”, *OECD Science, Technology and Industry Working Papers*, No. 2018/05, OECD Publishing, Paris.
- CAIROLA, E. 2015. “Volver a los fundamentos: sindicación, negociación colectiva y promoción de un marco de trabajo decente en las cadenas de suministro globales”, *Boletín Internacional de Investigación Sindical, Trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, Carrascosa Gonzalez, Javier. 2020. “Lex Mercatoria and Private International Arbitration,” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 12, no. 1
- CAÑETE, Rosa. 2018. *Democracias capturadas: el gobierno de unos pocos*, Oxfam internacional.
- CAPELLA, Juan Ramón. 1997. *Fruta Prohibida*. Madrid: Trotta.
- CECEÑA, Ana Esther, Ornelas, Raul (Coords.). 2017. *Chevron. Paradigma de la catástrofe civilizatoria*, Siglo XXI, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas.
- CLEAN CLOTHES CAMPAIGN. 2021. *Breaking Point. Wage theft, violence and excessive workloads are pushing garment workers to breaking point during the pandemic*.
- CUNIBERTI, Gilles. 2014. “Three theories of Lex Mercatoria” *Columbia journal of transnational law*, Vol. 52, N° 2.
- DAVID, R. 1987. *Le Droit du Commerce international. Reflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Economica, Paris.
- DE BACKER, K., MIROUDOT, S. 2014. *Mapping global value chains*, No 1677, Working Paper Series, European Central Bank, <https://EconPapers.repec.org/RePEc:ecb:ecbwps:20141677>

- DE RUYSSCHER, Dave. 2020. “Conceptualizing Lex Mercatoria: Malynes, Schmitthoff and Goldman compared” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 27(4).
- DE SCHUTTER, Olivier. 2010. Addendum, Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements, para. 1. Report of the Special Rapporteur on the right to food, Asamblea General, A/HRC/19/59/Add.5
- ECHAIDE, Javier. 2017. “Tratados de Inversiones y Derechos Humanos: los casos de Argentina en el CIADI y el derecho humano al agua”, *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* N° 31.
- FARIA, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.
- SAUPELLI, Gabriella. 2018. “The European Union, The Member States, and the Lex Mercatoria” *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* 8, no. 2.
- GARCÍA, J. C. 2009. “Implicaciones del Tratado de Lisboa sobre la política comercial comunitaria”, *ICE*, Noviembre-Diciembre, 851.
- GHIOTTO, Luciana, GUAMÁN, Adoración. 2018. “¿Facilitación o protección para las inversiones extranjeras?: Nuevos elementos del debate global”. *Fundación de Investigaciones Históricas, Económicas y Sociales*, 12.
- GIL Y GIL, José Luís. 2020. “La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global”. *Lex Social*, vol. 10, n° 2.
- GOLDIN, Adrian. 2007. *Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina*, OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_201137.pdf
- GOLDMAN, Beltrand. 1964. “Frontières du Droit et lex mercatoria”, *Archives de Philosophie du Droit*.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. 2021 “Autoritarismo de mercado el nuevo desafío para los derechos humanos”, en Delgado, J., et al. (Dirs.) *La necesaria (re)invención de los Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración et al. (Dirs.) 2021. *Lex Mercatoria, Derechos Humanos y Democracia*, CLACSO, Buenos Aires.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. 2021. *Diligencia Debida en Derechos Humanos ¿una vía para la consecución del trabajo decente? Posibilidades y límites de un concepto en expansión*. Tirant Lo Blanch. Valencia.

- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. 2020. “The corporate architecture of impunity: Lex Mercatoria, market authoritarianism and popular resistance”, *State of Power 2020*, TNI. Available at: <https://www.tni.org/en/stateofpower2020>
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. 2019. *Cadenas Globales de Producción y acción sindical. Cartilla Didáctica*. CSA - DGB-Bildungswerk. Disponible en: http://csa-csi.org/wp-content/uploads/2020/03/Cartilla_Didactica_Cadenas_Globales_de_Produccion_2018.pdf
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. 2019. “Derechos humanos y empresas transnacionales: las debilidades del tercer pilar derivadas de las normas de promoción de inversiones. El caso Chevron como paradigma de la necesidad del Binding Treaty”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N°. 39, 2019
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, González Moreno, Gabriel. 2018, *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos*, Albacete, Bomarzo
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. 2018. “EU Austerity in Greece at the Cost of Human Rights?”, *International labor rights case law* N. 4.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, Noguera Fernández. Albert. 2015. *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad*, Albacete: Bomarzo, 2015.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. 2015. *TTIP: el asalto de las multinacionales a la democracia*. Akal, Madrid, 2015
- HEPPLE, Bob. 1997. “New Approaches to International Labour Regulation”, *ILJ*, núm. 26.
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan. 2009. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa, De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Hegoa, Omal. Bilbao;
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan. 2013. “El Estado Social de Derecho y el capitalismo: crisis de la función reguladora de la norma jurídica”, en Hernández Zubizarreta, Juan et al. (eds) *Empresas transnacionales en América Latina: Análisis y propuestas del movimiento social y sindical*, UPV/EHU, Hegoa y OMAL.
- JARAMILLO, Jorge. 2002. “Lex Mercatoria - A Flexible Tool to Meet Transnational Trade Law Needs Today. *Revist@ e-mercatoria*, Vol. 1, No. 2.

- KOUKIADAKI, A., KRESTOS, L. 2012. "Opening Pandora's Box: the sovereign debt crisis and labour market regulation in Greece," *Industrial Law Journal* 276.
- KRAJEWSKI, M. 2015. *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.
- LEBARON, Genevieve. 2014. "Subcontracting is not illegal, but is it unethical? Business ethics, forced labor, and economic success", *The Brown Journal of World Affairs*, Vol. 20 No. 2.
- LEBARON, Genevieve et al. 2021. "The Unequal Impacts of Covid-19 on Global Garment Supply Chains: Evidence from Ethiopia, Honduras, India, and Myanmar". Sheffield: University of Sheffield.
- LÓPEZ RUIZ, Francisco. 2007. "Notas sobre la nueva lex mercatoria", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. Working Paper 1/2007.
- LÓPEZ RUIZ, Francisco. 2010. "El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *Lex Mercatoria*", en CEFD, n.20.
- MAIRA, María del Mar. 2014. "Los acuerdos marco internacionales: sentando las bases de la negociación colectiva de ámbito supranacional, *Lan Harremanak*/30.
- MALESKY, E. J., Mosley, L. 2018. "Chains of Love? Global Production and the Firm-Level Diffusion of Labor Standards". *American Journal of Political Science*, 62(3).
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, et. al. 2011. *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*. Dykinson, Madrid.
- MARKEY, R., Ravenswood, K. 2010. "The impact of MNEs and FDI on aspects of working conditions as contained in the ILO 1977 Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy". *New Zealand journal of employment relations*, 35 (3)
- MUCHLINSKI, P. 2010. "Corporations in International Law" Rüdiger Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- MUIR WATT, H., 2014. "La concurrence entre systèmes juridiques", Le Group de prospective du Sénat.
- NEMIÑA, Pablo, LARRALDE, Juan. 2018. "Etapas históricas de la relación entre el Fondo Monetario Internacional y América Latina (1944-2015)" *Am. Lat. Hist. Econ.*, ene.-abr.

- NERCESIÁN, Irene. 2021. *Presidentes empresarios y Estados capturados. América Latina en el siglo XXI*. Teseo. Buenos Aires.
- O'BRIEN, R., Williams, M. 2007. *Global political economy, evolution and dynamics*, Palgrave.
- OCDE. 2013. *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing.
- OCDE. 2018. *Multinational enterprises in the global economy. Heavily debated but hardly measured*. OECD Publishing.
- OCDE. 2019. *Global Value Chain Development Report*. OECD Publishing.
- OIT. 2016, *Resolución relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Ginebra.
- OIT. 2017. Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social - 5ª edición (marzo de 2017).
- OIT. 2017. *Promoción del trabajo decente y protección de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en las zonas francas industriales*, Ginebra.
- OLIVAS, Enrique. 2017. “Desordenes sociales y ajustes constitucionales”, en Lima Torrado, J. Olivas, E., Ortíz Arce De La Fuente, A. (coord.), *Globalización y Derecho. Una aproximación desde Europa y América Latina*, Dilex, Madrid.
- OLIVET, C., MÜHLER, B., GHIOTTO, L., 2019. *ISDS en números, Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra estados de América latina y el caribe*, 3ra Edición, TNI. Amsterdam.
- MÜHLER, Betina, GHIOTTO, Luciana. 2021. Impactos del sistema de protección de inversiones y arbitraje en Chile. Aportes para el proceso constituyente. TNI. Amsterdam.
- PASTOR, J., 2013. “La deriva oligárquica del constitucionalismo occidental y su viejo topo”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* N° 122.
- PETIT LAVALL, María Victoria. 1990. “Hacia una delimitación del concepto de Lex Mercatoria”. *Revista general de derecho*. N° 548.
- PIGRAU, Antoni. 2014. “The Texaco-Chevron case in Ecuador: Law and justice in the age of globalization”, *Revista catalana de dret ambiental*, Vol. V Núm. 1.

- PISTOR, K. 2019. *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Oxford.
- PLA-BARBER, J., VILLAR, C., NARULA R. 2021. Governance of global value chains after the Covid-19 pandemic: A new wave of regionalization? *BRQ Business Research Quarterly*. 24(3).
- RODOTÀ, Stefano. 2010. “Códigos de conducta: entre hard y soft law”, en Real Pérez, A., (Coordinadora), *Códigos de conducta y actividad económica*, M. Pons, Madrid, 2010.
- SALCEDO, Carmen. 2013. “Crisis Económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea,” *Revista Europea de Derechos Fundamentales* N. 22.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (Director). 2021. *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Ediciones Universidad de Salamanca.
- SANTOS, Boaventura de Souza. 2014. *Derechos Humanos, democracia y desarrollo*, Bogotá: Centro de Derecho, Justicia y Sociedad.
- SALOMON, Margot. 2015. “Of Austerity, Human Rights and International Institutions,” *European Law Journal* 21, no 4.
- SCHILL, Stephan. 2014. “Lex mercatoria” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- SCHMITTHOFF. 1964. “The Unification of the Law of International Trade», en *Das neue Recht des Welthandels*, Rabels Zeit.
- SHEPHERD, B. 2013. “Global Value Chains and Developing Country Employment: A Literature Review.” *OECD Trade Policy Papers*, No. 156;
- SILES-BRÜGGE, Gabriel. 2014. *Constructing European Union Trade Policy - A Global Idea of Europe*, Londres: Palgrave Macmillan.
- SINGH, Anoop et al. 2015. *Stabilization and Reform in Latin America: A macroeconomic perspective on the experience since early 1990s*, International Monetary Fund.
- TOLE, Julián. 2020. “La protección de la propiedad intelectual en Colombia: la regulación en la OMC y sus efectos en la salud pública como derecho humano”, en *Los Desafíos de los derechos humanos en América Latina, Homenaje a Antonio Gomes Maués*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- TOLE, Julián. 2019. *Colombia entre los TLC y la OMC: ¿Liberalización o administración del comercio internacional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- TOLE, Julián. 2014. *Solución de controversias en los TLC. Aportes del Derecho de la OMC*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- UGARTECHE, Oscar. 2018. *Arquitectura financiera internacional*, Akal, Madrid.
- UNCTAD. 2012 «Classification of Non-Tariff Measures» [en línea], 2012.
- UNCTAD. 2017. *World Investment Report: Investment and the Digital Economy*, Geneva
- VOSS, H. 2020. “Implications of the COVID-19 pandemic for human rights and modern slavery vulnerabilities in global value chains”, *Transnational Corporations* V. 27, No2.
- ZAYAS, Alfred-Maurice (2015) “Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo”. Consejo de Derechos Humanos 30º período de sesiones. A/HRC/30/44.