

Tesis doctorales
Doctorado en Derecho n.º 14

Responsabilidad penal de la empresa multinacional

William J. Parra

**Responsabilidad penal
de la empresa
multinacional**

**¿Filosofía o sociología
de los derechos humanos?**

Universidad Externado de Colombia

Parra, William J.

Responsabilidad penal de la empresa multinacional : ¿filosofía o sociología de los derechos humanos? / William J. Parra. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2019.
886 páginas ; 21 cm. (Tesis doctorales. Doctorado en Derecho ; 14)

Incluye referencias bibliográficas (páginas 831-886)

ISBN: 9789587902594

1. Responsabilidad penal -- Aspectos sociales – Colombia 2. Responsabilidad social de los negocios – Colombia 3. Derechos humanos – Colombia 4. Derecho penal internacional -- Colombia I. Universidad Externado de Colombia II. Título IV. Serie.

343

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MRJ.
Noviembre de 2019

ISBN 978-958-790-259-4

© 2019, WILLIAM J. PARRA
© 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre
Composición: Marco Robayo
Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

*Este trabajo está dedicado, con mucho aprecio
y agradecimiento, a María, Benjamín y Aura María.*

CONTENIDO

PRÓLOGO	17
ABREVIATURAS	21
INTRODUCCIÓN	25

PRIMERA PARTE

EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS PARA LAS EMN Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

CAPÍTULO PRIMERO

El actual sistema de regulación de la conducta de la EMN en materia de derechos humanos	49
A. La progresiva vinculación de la actividad de la EMN en el derecho internacional de los derechos humanos	52
B. La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) y los derechos humanos	56
1. El Borrador de Código de Conducta de la ONU para las Empresas Transnacionales	62
2. Las normas sobre responsabilidades de las EMN y otras entidades comerciales en materia de derechos humanos de la Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos de la ONU	67
3. La declaración tripartita de principios sobre las EMN y la política social de la OIT	71
4. El Pacto Mundial del Secretario General de la ONU	76

5. Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “Proteger, respetar y remediar”	81
6. Las Directrices para las empresas multinacionales de la OCDE	93
7. La Guía de Responsabilidad Social Empresarial ISO 26.000	100
8. La construcción de un instrumento jurídicamente vinculante de derechos humanos en el DIDH	104
9. El Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas	106
10. De la RSE al cumplimiento normativo	108

CAPÍTULO SEGUNDO

La responsabilidad penal de la empresa por las amenazas y violaciones de derechos humanos en el derecho penal internacional	113
A. La responsabilidad penal de la empresa por las graves violaciones de los derechos humanos tras la Segunda Guerra Mundial	115
1. La responsabilidad de la empresa en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMI)	115
2. La responsabilidad penal de la empresa en el Tribunal Militar Estadounidense (TME)	118
B. La responsabilidad penal de la empresa ante la CPI	121
C. La empresa y el delito de genocidio	125
D. La empresa y los delitos de lesa humanidad	130
E. La responsabilidad penal de la empresa y el DIH	135
F. La complicidad penal empresarial	145
G. El problema de la responsabilidad penal y civil de la empresa en zonas de gobernanza insuficiente y conflicto armado interno	154
H. La responsabilidad civil de la EMN por los daños y violaciones a los derechos humanos y fundamentales	168
1. Justicia de reparación civil en los Estados huésped de las EMN (<i>Host States</i>)	170
2. Justicia de reparación civil en la sede matriz de las EMN (<i>Home State</i>)	173
3. El <i>Alien Tort Claims Act</i> (ACTA)	176

4. La creación de un sistema regional de reparación civil de las víctimas	187
---	-----

SEGUNDA PARTE

LA SOCIOLOGÍA DE LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS, LA SOCIEDAD MUNDO Y EL SISTEMA DEL DERECHO MUNDO

CAPÍTULO PRIMERO

La Teoría General de los Sistemas (TGS) y la sociología de los sistemas autónomos	193
A. La emergencia y desarrollo del paradigma de la Teoría General de Sistemas (TGS) y de las Ciencias y Tecnologías de la Cognición (CTC)	205
B. La Teoría General de los Sistemas (TGS)	216
C. La sociedad como sistema social autónomo. La sociología primera de los sistemas sociales de Luhmann	224
D. La epistemología del constructivismo operativo o sistémico	231
E. La diferenciación de los sistemas sociales de comunicación autónomos	236
1. La diferenciación social de los sistemas funcionales	246
2. La diferenciación social de los sistemas de interacción	256
3. La autonomía de los sistemas de organización	264

CAPÍTULO SEGUNDO

La sociedad mundo policéntrica y diferenciada y el sistema jurídico de la sociedad mundo	283
A. La sociedad mundo en la teoría de sistemas autónomos	288
B. El sistema jurídico de la sociedad mundo	301
C. El derecho mundo como sistema autónomo (Teubner)	306
D. El sistema jurídico de los sistemas laterales mundiales (Willke)	315
E. La interconexión de los cuatro regímenes jurídicos de la sociedad mundial (Mascareño)	324
1. El nivel jurídico mundo estatal	330
2. El nivel jurídico mundo internacional	332
3. El nivel jurídico mundo supranacional	334
4. El nivel jurídico mundo neoespontáneo y autorregulado	335

F. La <i>lex mercatoria</i>	340
G. La <i>lex digitalis</i> , <i>lex electrónica</i> o <i>ciber law</i>	346
H. La gobernanza global y el derecho administrativo mundo	356

TERCERA PARTE

EL CONCEPTO, LA FUNDAMENTACIÓN, LA INSTITUCIONALIZACIÓN SOCIOLÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA POR EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO PRIMERO

El concepto sociológico de los derechos humanos y fundamentales	367
A. El concepto de derechos humanos en la teoría de sistemas autónomos	381
B. El concepto de derechos fundamentales en la teoría de los sistemas autónomos	397

CAPÍTULO SEGUNDO

La fundamentación de los derechos humanos en la sociedad mundo	409
A. La fundamentación funcional de los derechos humanos universales no centrada exclusivamente en la epistemología de los seres humanos	409
1. El sentido sistémico y los derechos humanos	415
2. La racionalidad sistémica y los derechos humanos	424
3. La lógica sistémica y los derechos humanos	432
B. La fundamentación funcional de los derechos humanos en la sociedad mundo	438
C. La fundamentación de la negación de los derechos humanos en la comunicación social	448
D. La fundamentación de los derechos humanos, la moral de los seres humanos y la amoralidad sistémica	458

CAPÍTULO TERCERO

La institucionalización diferenciada y descentralizada de los derechos humanos en la sociedad mundo	471
A. La institucionalización de los derechos humanos en los sistemas de organización autónomos	485

B. La institucionalización de los derechos humanos y la gestión del riesgo social	491
C. La institucionalización de los derechos humanos en la empresa como ciudadano corporativo fiel al derecho, la cultura empresarial y los programas de cumplimiento del derecho administrativo	496
D. La autorregulación administrativa de los sistemas de organización y la institucionalización de los derechos humanos	498
1. El principio de la autorregulación administrativa de los sistemas de organización	500
2. La autorregulación administrativa en el derecho comparado	505
3. La autorregulación administrativa en el derecho mundo	511
4. Los instrumentos de la autorregulación administrativa	515
5. La teoría de los sistemas sociales y la autorregulación administrativa	520
E. La autorregulación administrativa y la institucionalización de los derechos humanos	527
1. La autorregulación administrativa de los sistemas de organización públicos y la institucionalización de los derechos civiles y políticos	532
2. La autorregulación administrativa de los sistemas de organización y la institucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)	537
3. La autorregulación administrativa de los sistemas de organización y la institucionalización de los derechos colectivos	551
4. La autorregulación y la institucionalización de la prevención de la violación de los derechos humanos	555
F. La regulación de la autorregulación administrativa	563
1. La autorregulación regulada administrativa de los derechos humanos en el nivel estatal	571
2. La autorregulación regulada administrativa en el nivel internacional	584
3. La autorregulación regulada administrativa en el nivel supranacional	585

4. La autorregulación regulada administrativa en el nivel autorregulado	587
CAPÍTULO CUARTO	
El modelo sociológico de la autorresponsabilidad penal de la empresa multinacional	591
A. Los modelos de la responsabilidad penal de la empresa en el derecho comparado	598
1. Las medidas de seguridad para la empresa como objeto peligroso	598
2. El modelo vicarial o de la transferencia de la responsabilidad penal de la empresa	601
3. El modelo de la autorresponsabilidad o de la auténtica responsabilidad penal de la empresa	608
B. Los fundamentos epistemológicos y sociológicos del modelo de la autorresponsabilidad penal	609
1. Los fundamentos epistemológicos de la responsabilidad penal	609
1.1. La capacidad de observación de los sistemas sociales de organización	610
1.2. La capacidad de conocimiento de los sistemas sociales de organizaciones	612
1.3. El principio de la autonomía de los sistemas de la EMN	613
1.4. El principio de la autoorganización penal de los sistemas de la EMN	615
1.5. El principio de la autorregulación penal de los sistemas de organización	617
1.6. El decidir amoral en la gestión y prevención del riesgo de las violaciones de los derechos humanos	620
2. Los fundamentos sociológicos de la responsabilidad penal de las EMN en la sociedad mundo	627
2.1. El modelo de la sociedad y la comunicación mundial	628
2.2. El sistema jurídico mundial	631
2.3. El riesgo social mundial	635
2.4. La EMN como “ciudadano corporativo mundo”	637

C. El contenido mínimo de los programas de cumplimiento normativo para la prevención y gestión del riesgo delictivo	639
1. La cultura organizacional de cumplimiento de la normativa penal y administrativa	646
2. El compromiso de los directivos	655
3. La metodología de la identificación, análisis, priorización y tratamiento del riesgo de ilícitos y delitos	658
3.1. El contexto interno y externo de la organización empresarial	660
3.2. La identificación del riesgo de ilícitos y delitos	665
3.2.1. Marco legal de ilícitos y delitos	666
3.2.2. Identificación de riesgos inherentes y residuales	672
3.2.3. Identificación de fuentes y causas del ilícito y el delito	673
3.3. El análisis y la priorización del riesgo	678
3.4. Tratamiento: plan de acción para el control del riesgo	685
3.5. Implementación del plan de reducción del riesgo	688
3.6. Revisión y verificación periódica	690
4. Los programas de formación ética y técnica de los empleados	691
5. El sistema interno de denuncias y comunicación de irregularidades (<i>whistleblowing</i>)	696
6. Las indagaciones e investigaciones criminales internas como parte del programa de prevención y gestión de riesgo	701
7. Las investigaciones internas y la restricción de los derechos de los trabajadores	706
8. Los órganos responsables de la vigilancia y el control de cumplimiento	711
9. El código o manual de cumplimiento	719
D. La regulación de la autorregulación penal de la EMN	723
1. La regulación de la autorregulación penal en el Estado de derecho	732
2. La regulación de la autorregulación penal en el DIDH	744

3.	La regulación de la autorregulación y la aplicación extraterritorial de la ley penal	747
4.	La regulación de la autorregulación penal en el nivel supranacional de la CPI	755
5.	La regulación de la autorregulación penal de la empresa en el sistema interamericano de derechos humanos	760
E.	La teoría normativa del delito de las EMN	766
1.	La capacidad de autoorganización comunicativa de las EMN como equivalente funcional de la acción individual	769
2.	La competencia (deberes negativos y positivos) de los sistemas de organización EMN en el sistema mundo de los derechos humanos	773
2.1.	La competencia por organización de las EMN (deberes negativos)	774
2.2.	La competencia institucional (deberes positivos)	780
3.	La imputación objetiva en el derecho penal de las EMN	787
4.	El tipo subjetivo	794
5.	La culpabilidad normativa de las EMN	798
6.	Las penas corporativas en el sistema de derechos humanos	803
7.	La responsabilidad penal individual	808
	CONCLUSIONES	813
	BIBLIOGRAFÍA	831

PRÓLOGO

Quien pretenda, como lo hace el autor de este trabajo, proponer un modelo de responsabilidad penal para las empresas multinacionales (EMN) se adentra en ámbitos de estudio e investigación aún en plena construcción. Es más, diría, sin temor a equivocarme, que emprende una titánica tarea, pues se enfrenta a concepciones tradicionales del derecho penal, del derecho internacional y del derecho de los derechos humanos, con las cuales, muy a pesar de su aceptación teórica, no será posible aportar soluciones satisfactorias en la sociedad global de hoy. Ahora bien, eso fue precisamente lo que William J. Parra advirtió desde el inicio de esta investigación, de tal manera que la necesidad de superar los estáticos paradigmas teóricos fue el norte de este trabajo, orientado a construir un modelo que en verdad explicara la realidad del funcionamiento de las empresas multinacionales en la sociedad moderna e internacional, su posición normativa y los criterios de su responsabilidad (especialmente de orden penal).

Un primer desafío estuvo representado por el entendimiento de la actual discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque en la práctica y en las decisiones políticas pareciese imponerse su necesidad en aras de luchar contra la impunidad, la corrupción y el crimen organizado, desde el punto de vista teórico han

existido fundados interrogantes catalogables como “entendibles” cuando se está frente a la superación del viejo paradigma del derecho penal de la persona humana. Por suerte la teoría penal ha respondido a este reto y hoy se cuenta con excelsos trabajos científicos que han logrado (efectivamente logrado) explicar por qué y con base en qué fundamentos puede ser llamada a responder penalmente una persona jurídica; sin duda, un entendimiento moderno de la sociedad y, por consiguiente, del derecho penal tiene que ser el punto de partida. El moderno derecho penal (que algunos denominan funcionalista) sentó las bases de este gran paso. Un concepto de persona en derecho penal (concepto normativo de persona) ha sido construido sociológicamente a través de la teoría luhmanniana de la sociedad que abrió el camino y permitió llegar hasta donde hemos llegado, es decir, hasta la efectiva fundamentación científica de la culpabilidad de las personas jurídicas. Pero entender el trasfondo teórico de esta ardua discusión actual no será nunca una tarea sencilla, algo que Parra acometió con mucha seriedad y disciplina, llegando a proponer su propio entendimiento de dicha responsabilidad para empresas multinacionales, pero además, entre otras cosas, por la violación de derechos humanos.

Propósito este último que evidencia un nuevo desafío: a partir del arsenal de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann y sus posteriores estudios e interpretaciones resultaba necesario un entendimiento “diferente” de los derechos humanos. En este contexto, el autor, sin titubeos, propone abandonar el enfoque de los derechos humanos centrado en la epistemología del ser humano para llegar a lo que denomina una “sociología de los derechos humanos”, a una fundamentación funcional. Y todo esto pensado en la sociedad mundo, desde una perspectiva internacional,

es decir, por fuera del contexto explicativo estatal al que solemos estar acostumbrados.

Como se observa, se trata de profundas discusiones teóricas, las cuales deberían inspirar a otras áreas del derecho (p. ej., al derecho constitucional) y que terminan enmarcando un propio, sugestivo, original y válido modelo teórico sobre la responsabilidad penal para EMN. Ante la ausencia de un acuerdo universal vinculante que promueva la defensa de los derechos humanos frente a las posibles violaciones o amenazas en las que pueden incurrir dichas corporaciones en la sociedad mundial, la propuesta de Parra es además útil y tiene la capacidad de responder a muchos de los problemas o interrogantes que surgen respecto de la actividad de una EMN en un país determinado; basta pensar en las cuestiones que en Colombia han sido planteadas sobre el papel de empresas de ese tipo en el conflicto armado interno. En la actualidad, las EMN se encuentran regidas en el derecho internacional bajo “principios” y “normas” catalogados como *soft law*, sustentado en la regulación autónoma o de libre adhesión y, por tanto, se hallan exentas de verdaderos controles y responsabilidades.

En este escenario, el autor propone un verdadero cambio de paradigma. Según él, la clave para abordar correctamente el problema investigativo reside en concebirlo, entenderlo y explicarlo desde la perspectiva de los complejos sistemas contemporáneos (es decir, entender los derechos humanos y las EMN como sistemas), productos de la evolución en el sentido sistémico y de los procesos de construcción comunicativos de la sociedad. El trabajo de Parra muestra por qué estos sistemas son autónomos y tienen la facultad de autorregularse y autoorganizarse, todo con independencia de los seres humanos. De ahí que el autor concluya que las EMN están en la capacidad de darse a sí mismas “una cultura corporativa (valores y principios)”, concretada “en

programas de cumplimiento del derecho que cruzan todas las esferas de su actividad (libertad de organización / responsabilidad por las consecuencias)”, con contenidos mínimos de vigilancia y sanción de las actividades de los trabajadores, así como de promoción de los valores empresariales entre ellos. El concepto parte entonces de la posición o el papel de la EMN en el mundo, de su actividad, de los valores que la gobiernan en su funcionamiento y del correspondiente reparto de responsabilidades. El trabajo termina con precisiones normativas sobre las particularidades de una teoría del delito apta para deducir responsabilidad de este tipo de corporaciones. Criterios funcionalistas marcan la pauta en dicha explicación.

Tuve la fortuna de acompañar este trabajo desde el inicio, es decir, desde el surgimiento mismo de la idea investigativa, así como durante su desarrollo y consolidación, hasta llegar a la discusión de las tesis obtenidas. Y sí, en efecto, aquí hay verdaderas tesis y propuestas teóricas y prácticas de solución. Los desafíos a los que se enfrentó la investigación fueron superados con creces, de manera que el lector atento podrá deleitarse con el resultado. En virtud de la rigurosidad académica con la que William J. Parra abordó el tema objeto de estudio, del gran acervo de fuentes primarias (disposiciones y normatividad nacional e internacional, entre otras) y secundarias (bibliografía especializada) consultadas, así como de la manera estricta, crítica y metódica de analizarlas, no me cabe duda de que esta obra se convertirá en un referente nacional e internacional sobre el tema. Celebro por tanto que este libro salga a la luz pública y auguro su masiva difusión y su atenta consideración en el debate académico.

Prof. Dr. Jorge Fernando Perdomo Torres
Bogotá, abril de 2019

ABREVIATURAS

AI:	Inteligencia Artificial
ANDI:	Asociación Nacional de Empresarios
ANH:	Agencia Nacional de Hidrocarburos
AENOR:	Asociación Española de Normalización y Certificación
ARPANET:	U.S. Advaned Research Projects Agency NET
ATCA:	<i>Alien Tort Claims Act</i>
BCBS:	Basel Committee on Banking Supervision
BID:	Banco Interamericano de Desarrollo
BM:	Banco Mundial
CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCI:	Cámara de Comercio Internacional
CIADI:	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (ICSID, en inglés)
CECODES:	Consejo Empresarial Colombiano para el Desarrollo Sostenible
CEDH:	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos
CO:	<i>compliance officer</i>
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI:	Corte Penal Internacional
CTC:	ciencias y tecnologías de la cognición
CVRA:	<i>Torture Victim Protection Act</i>

DFI:	desplazamiento forzado interno
DD.HH.:	derechos humanos
DIH:	derecho internacional humanitario
DIP:	derecho internacional público
DPI:	derecho penal internacional
DNP:	Departamento Nacional de Planeación
ECJ:	European Court of Justice
ECP:	Escola de Cultura de Pau
ECOSOC:	Consejo Económico y Social
EMAS:	Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambiental
EMN:	empresa multinacional
EMSP:	empresa militar de seguridad privada
ESADE:	Instituto de Innovación Social
ETN:	empresa transnacional
ETSI:	Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones
ICSID:	International Centre for Settlement of Investment Disputes (CIADI, en español)
IETF:	Internet Engineering Task Force
FATF:	Financial Action Task Force
FMI:	Fondo Monetario Internacional
IA:	Inteligencia Artificial
ICBF:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
ICANN:	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IETF:	Internet Engineering Task Force
INCOTERMS:	International Commercial Terms
ISO:	International Organization for Standardization
ISP:	proveedor de servicio de internet
Mintic:	Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
MSF:	medias sanitarias y fitosanitarias
NSFNET:	U.S. National Science Foundation Net

NOEI:	Nuevo Orden Económico Internacional
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA:	Organización de los Estados Americanos
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
OMC:	Organización Mundial del Comercio
OMPI:	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONG:	organización no gubernamental
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
PICS:	Peripheral Interface Controller (controlador de interfaz periférico)
PIDCIP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC:	Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD:	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNC:	Puntos Nacionales de Contacto
RSE:	Responsabilidad Social Empresarial
RSE:	<i>Soft law</i>
RICO:	Racketeer Influenced and Corruptor Organizations Statute
SARLA / FT:	Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo
SPA:	Sistema Penal Acusatorio
SS:	<i>Shutzstaffen</i>
SC:	<i>Der Scherheitsdeinst des Reichfuhrer</i>
SIJIN:	Seccional de Investigación Criminal
TBI:	tratados bilaterales de inversión
TDG:	Saddam Hussein Tiodiglico
TGS:	Teoría General de Sistemas
TPIR:	Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY:	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TLC:	tratado de libre comercio
TLCAN:	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TMI:	Tribunal Militar Internacional de Núremberg
TME:	Tribunal Militar Estadounidense
TPI:	Tribunal Penal Internacional
TRIPS:	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TVPA:	Torture Victim Protection
UDPR:	Uniform Dispute Resolution Policy
UNCTAD:	Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo
UNIDROIT:	International Institute for the Unification of Private Law
UNCITRAL:	United Nations Commission for the Unification of International Trade Law
w3C:	World Wide Web Consortium

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se propone un sistema universal de responsabilidad penal para las empresas multinacionales (EMN) por la amenaza y violación de los derechos humanos. Este sistema está sustentado en la *sociología de los sistemas sociales autónomos*, que propone un cambio de paradigma en la comprensión del sistema de derechos humanos que es distinto al paradigma humanista y el individualismo racional¹.

En consonancia con la teoría de sistemas, en esta investigación se concibe a la EMN como un sistema social de organización que es autónomo respecto a otros sistemas sociales y, también, frente a los sistemas individuales como empleados, directivos y representantes. Es decir, las EMN se conciben como sistemas sociales que operan sobre el principio de la autonomía y tienen la capacidad de elaborar y comunicar decisiones propias que pueden amenazar y lesionar los derechos humanos².

-
- 1 KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, 2004, p. 57 ss. En esta investigación acogemos el concepto de paradigma propuesto por Kuhn, entendido como un proceso de construcción científica que continuamente se perfecciona y aplica en el análisis y solución de problemas, y que además resulta competitivo a la hora de mantenerse frente a otros paradigmas, ofreciendo solución a los problemas sociales.
 - 2 RODRÍGUEZ MANSILLA, DARÍO, *Organizaciones para la modernidad*, Universidad Iberoamericana, 2004. Siguiendo a Rodríguez, si entendemos la importancia de los sistemas sociales de la organización como sistemas reductores de com-

Esto es, los sistemas sociales de organización más evolucionados alcanzan la capacidad de observar, conocer, elaborar y comunicar decisiones autónomamente, y también de gestionar, prevenir y asumir los deberes que se pueden derivar de esa autonomía y de la capacidad de regirse por el derecho. Así las cosas, nuestro punto de partida es que las EMN son sistemas sociales muy evolucionados que se rigen por los principios sociológicos y jurídicos de la autonomía, la autoorganización y la autorregulación³.

Ahora bien, el propósito de recurrir a la sociología de los sistemas sociales autónomos, como perspectiva teórico-metodológica central de esta investigación, consistió en diseñar una sociología de los derechos humanos universales para las EMN edificada sobre cuatro pilares fundamentales, a saber: 1. Un concepto de derechos humanos sociológico comunicativo; 2. La fundamentación funcional de estos derechos; 3. La materialización descentralizada y diferenciada con base en los principios de la autoorganización y la autorregulación de las EMN, y 4. La consagración de la responsabilidad penal directa de la EMN en el derecho penal internacional y estatal por la violación de estos derechos.

De esta manera, esta investigación se aleja del humanismo, de la filosofía del individualismo racional y del constructivismo ético centrado en la máxima de que los derechos humanos son un asunto de los seres humanos y

plejidad, desde la elaboración y comunicación de decisiones estos sistemas encaran los problemas sociales generales y el interés general, en asuntos tan prioritarios como los derechos humanos y fundamentales.

- 3 Ver al respecto, entre otros trabajos, CHANDLER, ALFRED JR. y MAZLISH, BRUCE (eds.), *Leviathans. Multinational corporations and the new global history*, CUP, 2005; DARNACULLETA, M. MERCÉ, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, 2005; MARTÍN ORTEGA, OLGA, *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional*, Bosch, 2008; LUHMANN, NIKLAS, *Organización y decisión*, Herder y Universidad Iberoamericana, 2010.

de las relaciones entre los seres humanos de carne y hueso. Nuestro punto de partida es que en la compleja sociedad mundo el respeto de los derechos humanos no depende únicamente de los elementos tradicionales con que ha sido construido el respeto / no respeto de los derechos de las personas, como son la moral, la ética, la conciencia individual, el conocimiento, la racionalidad. Actualmente, la perspectiva sociológica que no está centrada exclusivamente en el comportamiento humano viene siendo planteada por diversos análisis jurídicos, políticos, económicos, en las nuevas tecnologías, entre otras. Estos análisis aceptan que la sociedad también está compuesta por sistemas sociales como las organizaciones públicas y privadas, y por las dinámicas relaciones comunicativas entre las mismas. De igual forma, se alejan de la idea de que dichos sistemas sociales están compuestos por individuos y por las relaciones y decisiones elaboradas de manera interindividual. Al contrario, estos sistemas sociales configuran una realidad propia, procesos y estructuras internas de elaboración de decisiones que trascienden a los individuos y la interacción entre individuos⁴.

4 Las teorías humanistas de los derechos humanos consideran que los sistemas sociales de organización, como las empresas, están conformados por seres humanos, quienes proveen la acción, la moral, la ética, el conocimiento y la racionalidad para la elaboración y la comunicación de decisiones. En este caso, los estudios de los derechos humanos frente a la conducta corporativa, mantienen la máxima de que el respeto de los derechos humanos sigue siendo un asunto entre individuos que actúan, conocen y toman decisiones morales, éticas y racionales dentro de la empresa. Por tanto, en los sistemas de organización, como las empresas, cualquier forma de respeto de los derechos humanos sería construida por la capacidad moral, de conocimiento, acción y comunicación entre individuos, y por las relaciones sociales entre individuos. En conclusión, son exclusivamente los individuos los que pueden construir sistemas sociales funcionales como la política, el derecho, la economía y los sistemas de organización, como las empresas respetuosas de los derechos humanos. Véase al respecto SEN, AMARTYA, "Ética de la empresa

Así mismo, está siendo aceptado, no solamente por la evolución de la tecnología en áreas como la inteligencia artificial, que otros sistemas, además del ser humano, pueden configurar una complejidad interna que les permite evolucionar como sistemas autónomos y como sistemas capaces de conocer, observar, construir la realidad social y actuar socialmente (comunicar). La sociología de los sistemas sociales tiene como fundamento la epistemología del constructivismo sistémico, que contiene las bases sobre las que se elabora un novedoso paradigma epistemológico que da cuenta de que los sistemas sociales pueden observar, conocer, comunicar y construir la realidad social, por lo cual la sociedad es en esencia comunicación y está conformada

y desarrollo económico”, en *Construir confianza: ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones*, Trotta, 2003, p. 40 ss. Una de las teorías contemporáneas más elaboradas de este paradigma humanista de la filosofía ilustrada es el constructivismo ético, y en especial la versión de Rawls con relación con la construcción de la justicia y los derechos humanos universales. En efecto, el constructivismo ético expuesto por Rawls representa la versión más completa y actual del paradigma humanista de los derechos humanos. Las bases del constructivismo ético clásico (kantiano) y el constructivismo ético moderno (Rawls, Alexy, Luño, Habermas y otros autores) siguen atadas y centradas en las capacidades de conocimiento y construcción social de los derechos por los seres humanos. El constructivismo ético contemporáneo está más asentado en la practicidad racional y en la democracia deliberativa y consensual, pues afirma que el ser humano no solo conoce y construye socialmente los valores y los derechos humanos universales, sino también las instituciones, procedimientos y sistemas que son necesarios para esta tarea, como el derecho y la política. Las bases epistemológicas que sustentan al constructivismo ético moderno coinciden con la filosofía humanista ilustrada que se centra en la moral, el sentido, la racionalidad y la lógica de los seres humanos. Ver NINO, CARLOS, *El constructivismo ético*, CEC, 1989. Nino pone más acento en el reconocimiento de las categorías morales que en su fundamentación filosófica y epistemológica; ver NINO, CARLOS, “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”, en *Doxa*, n.º 5, 1998, p. 97.

por las dinámicas relaciones comunicativas entre sistemas sociales o sistemas de organización⁵.

En suma, esta sociología es consecuente con la complejidad social y la realidad social universal policéntrica y diferenciada en sistemas sociales de comunicación autónomos. La sociedad mundo no puede ser configurada únicamente por los seres humanos o por las relaciones entre seres humanos, ni por la comunidad de Estados y sus instituciones. El orden social mundo no es orden humano, sino comunicación en la que predomina la autonomía de los sistemas sociales, principalmente de la empresa multinacional, la cual tampoco puede ser controlada, regulada o intervenida por otros sistemas centrales universales como lo hizo la política, el derecho y la economía en la sociedad estatal⁶.

Por lo anterior, en este estudio concebimos que las EMN son portadores de los ámbitos de comunicación que contienen los derechos humanos de las personas, y que es allí

5 Sobre el constructivismo operativo, ver LUHMANN, NIKLAS. *La realidad de los medios de masas*, Anthropos, 2000, p. 166; MASCAREÑO, ALDO, "Construct this! O por qué el constructivismo sistémico es real", en *Revista Mad*, n.º 23, Universidad de Chile, 2010; GÓMEZ-JARA, CARLOS, "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 148-150. Los postulados básicos del constructivismo operativo son los siguientes: existen sistemas que gozan de la capacidad de auto producirse (sistemas de la conciencia, sistemas de la vida y los sistemas sociales de comunicación), por esto, se debe asumir que los sistemas sociales que operan sobre la comunicación (funcionales, interacciones, organizaciones) son sistemas autónomos, como también lo son los sistemas de la vida y los sistemas psíquicos individuales. En esa medida, no se puede proponer la autonomía de sistemas sociales de organización como la empresa y luego proponer que la empresa está compuesta por acciones y decisiones de las personas. Por dicha razón, no se puede concebir que la autonomía de la conciencia es mayor a la de los sistemas sociales de organización y los sistemas funcionales, sino que ambos tipos de sistemas autónomos poseen la misma capacidad de reflexión, observación, conocimiento y comunicación.

6 LUHMANN, *Organización y decisión*, cit.

donde se encuentran institucionalizados diferentes ámbitos de la personalidad y los derechos de los individuos. De esta forma, las EMN son quienes pueden elaborar y comunicar decisiones autónomas capaces de amenazar o afirmar la existencia humana, así como poner en riesgo y lesionar los derechos humanos. Es por esta razón que tiene sentido el que estos sistemas deben asumir los intereses colectivos y generales del mundo y los deberes relacionados con la gestión y prevención del riesgo que se deriva de sus decisiones, comunicaciones y actividades para los derechos fundamentales y humanos⁷.

Es preciso enfatizar que en esta investigación damos cuenta de que se encuentra en construcción y formación un sistema de normas de derechos humanos universales para regular la conducta de la empresa por el respeto de estos derechos. No obstante, encontramos que este sistema hasta ahora ha sido limitado dentro de conceptos e instituciones de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE), la debida diligencia y la ética de los negocios, los cuales cubren un amplio campo de formas de conducta, “principios” y “normas” dirigidos a la empresa y que pueden ser catalogados como *soft law* en el derecho internacional. O sea, se trata de fórmulas de regulación generadas autónomamente por los mismos regulados, que son de libre adhesión, sin que se

7 KREIDE, REGINA, “Justicia global, pobreza y responsabilidad: ¿tienen obligaciones las empresas transnacionales?”, en *Justicia global derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del Hombre, Universidad Antioquia y Universidad Católica del Perú, 2008, p. 110 y 111. Un ejemplo de ello es que la filosofía humanista, cuando aborda problemas como la posible responsabilidad de las EMN como autoras y cómplices de violaciones de derechos humanos, encuentra que los derechos humanos son un asunto moral, que la empresa está compuesta por individuos libres que deciden moral y racionalmente dentro ella, y que en consecuencia la empresa no es un actor moral y no puede ser sujeto de deberes y responsabilidades directas en el DIP. Ver SEN, “Ética de la empresa y desarrollo económico”, cit., p. 40 ss.