



# LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Humberto Cantú Rivera



**CNDH**  
M É X I C O



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

LA RESPONSABILIDAD  
DE LAS EMPRESAS EN MATERIA  
DE DERECHOS HUMANOS

HUMBERTO CANTÚ RIVERA



2018

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad de su autor y no reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Primera edición: octubre, 2018

ISBN: 978-607-729-437-5

**D. R. © Comisión Nacional  
de los Derechos Humanos**  
Periférico Sur 3469,  
Colonia San Jerónimo Lídice,  
Delegación Magdalena Contreras,  
C. P. 10200, Ciudad de México

Diseño de portada: Flavio López Alcocer  
Diseño de interiores y formación: Carlos Acevedo R.  
Área emisora: CENADEH

*Impreso en México*

## CONTENIDO

PRÓLOGO	7
AGRADECIMIENTOS	11
A MANERA DE INTRODUCCIÓN	13
EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: ¿HACIA UNA REGULACIÓN JURÍDICA EFECTIVA, O EL MANTENIMIENTO DEL <i>STATUS QUO</i> ?	19
EXTRATERRITORIALIDAD Y <i>SOFT LAW</i> : DESARROLLOS RECIENTES EN MATERIA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS	61
LA OCDE Y LOS DERECHOS HUMANOS: EL CASO DE LAS DIRECTRICES PARA EMPRESAS MULTINACIONALES Y LOS PUNTOS DE CONTACTO NACIONAL	101
¿HACIA UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS? REFLEXIONES SOBRE LA PRIMERA SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA	151
PLANES DE ACCIÓN NACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: SOBRE LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO INTERNO	187
SEMBLANZA DEL AUTOR	219



## PRÓLOGO

Es un gran placer para mí escribir un breve prólogo a esta interesante compilación de artículos del Dr. Humberto Cantú Rivera, Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad de Monterrey, sobre un tema que necesita ser debatido, analizado y abordado en todo el mundo, pero especialmente en América Latina, y en particular en México: la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos. Este gran tema, tan propio del siglo XXI y de la globalización económica, había pasado relativamente desapercibido en nuestra lengua y desde nuestro contexto; es por ello que todas las contribuciones académicas que presentan reflexiones sobre los deberes y responsabilidades de Estados y empresas en materia de derechos humanos, merecen gozar de la más amplia difusión posible,<sup>1</sup> así como de acciones concretas que contribuyan a la realización efectiva de los derechos humanos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, desde el inicio de mi gestión, se ha dedicado a construir una agenda en relación a este tema, partiendo de dos foros internacionales, realizados en la Ciudad de México<sup>2</sup> y en Chihuahua,<sup>3</sup> y comenzando a abordarlo desde las di-

---

<sup>1</sup> En ese tenor, una obra colectiva que ha impulsado la discusión regional sobre esta temática es Cantú Rivera, Humberto (coord.), *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2017.

<sup>2</sup> Villalobos López, Juan Carlos y Magallán Sánchez, Steffania (comp.), *Memoria del Foro sobre aspectos internacionales de la responsabilidad empresarial y derechos humanos*, México, CNDH, 2017.

<sup>3</sup> Dávalos Martínez, Héctor Daniel y Villalobos López, Juan Carlos (coords.), *Memoria del Foro internacional sobre derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales y el desarrollo sostenible*, México, CNDH, 2017.

ferentes funciones y competencias de este organismo público. Así, nos hemos dado a la tarea de avanzar en la capacitación y difusión de esta temática, pero también a integrarla en las áreas específicas de visitadurías y de vinculación internacional. Es, sin duda, una de las áreas en donde mayor atención se requiere, ante la dimensión del desafío de contribuir al desarrollo de una cultura empresarial de derechos humanos, y de reorientar la tarea del Estado para que pueda cumplir cabalmente con sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, incluso frente a actores no estatales.

En ese sentido, esta obra ofrece una mirada panorámica en torno a los distintos retos existentes en esta temática, especialmente a nivel internacional, aunque con ciertas miradas breves a la internalización de este contexto en el marco jurídico y político mexicano. Así, el primer capítulo de la obra aborda el desarrollo histórico de la cuestión, desde el llamado del Presidente chileno Salvador Allende en las Naciones Unidas en la década de los setenta del siglo pasado, hasta la adopción de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos en 2011. El autor no escatima las críticas, aunque reconoce la complejidad que representa lograr un consenso sobre un instrumento internacional de un área que durante décadas suscitó polémicas entre el empresariado, la sociedad civil y la comunidad internacional de Estados. Asimismo, plantea de entrada la diferencia existente entre la conocida responsabilidad social empresarial, y la responsabilidad empresarial en derechos humanos, una diferencia sustantiva que aún no ha logrado ser plasmada claramente en la región latinoamericana.

Un segundo capítulo aborda dos temas sumamente interesantes, pero a la vez complejos: por una parte, el tema de la extraterritorialidad, que implica la acción regulatoria o adjudicativa del Estado por situaciones que tienen lugar fuera de su jurisdicción territorial; y en segundo lugar, el papel del *soft law* en la construcción del marco jurídico internacional. Lo anterior se ve complementado con un estudio muy interesante sobre la agenda de derechos humanos en la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), y

especialmente en relación al único mecanismo internacional existente con capacidad para recibir quejas por violaciones a derechos humanos cometidos por empresas transnacionales: los Puntos de Contacto Nacional. Un estudio sumamente necesario en nuestra lengua, que hasta el momento había pasado desapercibido, pero que plantea también un análisis sobre la experiencia del Punto de Contacto Nacional de México, un área en donde podría haber un importantísimo desarrollo que contribuya a la efectiva protección y respeto de los derechos humanos en el marco de la actividad empresarial.

Los últimos dos capítulos de esta obra abordan lo que se constituye en la actualidad como las dos grandes discusiones en el escenario internacional en relación a esta temática: por una parte, las negociaciones en curso para desarrollar un tratado internacional en materia de derechos humanos y empresas; y en segundo término, la utilización de las políticas públicas como herramientas para implementar los Principios Rectores, a través de los llamados *Planes de Acción Nacional*. Ambos capítulos cuentan con una perspectiva práctica, producto de la participación del Dr. Cantú Rivera tanto en las negociaciones del primero como asesor de la delegación mexicana que participa ante el Grupo de Trabajo intergubernamental, como en el desarrollo del segundo, donde ha acompañado de cerca el proceso que lidera la Secretaría de Gobernación. El análisis realizado por el autor permite identificar los grandes desafíos a los que se enfrenta, por una parte, la construcción de una arquitectura jurídica internacional, ante los diferentes elementos del derecho internacional que deben ser tomados en consideración y las divergencias en las posturas y aproximaciones de los distintos países respecto a esta posibilidad; y por la otra, las limitaciones propias de las políticas públicas para lograr un cambio efectivo en relación a la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos.

Sin duda, el lector podrá apreciar los diferentes matices que plantea el autor en relación a las distintas temáticas abordadas en este libro. En el tema de los derechos humanos, las empresas son llamadas a ser actores proactivos, ante la posibilidad de contribuir al crecimiento eco-

nómico y al desarrollo social, que permita igualmente lograr tanto un desarrollo sostenible como la realización efectiva de los derechos humanos. En ese mismo sentido, los Estados deben por consecuencia asegurarse de contar con la capacidad jurídica y técnica para efectuar una debida regulación de las actividades del sector empresarial, tanto a nivel nacional como transnacional, con la finalidad de supervisar que exista una prevención efectiva de afectaciones a derechos humanos resultantes de las actividades del sector privado, y en caso de que lo anterior resulte imposible, de asegurar la mitigación y reparación de los daños, a través de distintos mecanismos tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, e incluso por canales no estatales. A la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como al Estado, la sociedad y las empresas, les corresponde trabajar conjuntamente para lograr resultados efectivos que beneficien de forma equitativa a las personas y comunidades.

En ese tenor, el 19 de febrero de 2018, la institución a mi cargo adoptó un Programa de Empresas y Derechos Humanos que permitirá a esta institución adoptar distintas acciones y medidas para contribuir, desde su ámbito de competencia, al desarrollo de una mayor educación sobre derechos humanos en el sector empresarial; para atender los desafíos existentes ante las acciones de las empresas públicas o ante la omisión del Estado frente a las actividades de las empresas del sector privado; y en particular, para funcionar como un mecanismo extrajudicial de reparación, en línea con los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos. De tal manera, esta obra sirve como una herramienta de guía y reflexión sobre el “estado del arte” en materia de derechos humanos y responsabilidad empresarial, que contribuye plenamente a la realización de los objetivos trazados, y que seguramente será de utilidad para los distintos actores relacionados con esta importante temática.

*Luis Raúl González Pérez*  
Presidente de la Comisión Nacional  
de los Derechos Humanos

## AGRADECIMIENTOS

Esta pequeña compilación de textos no habría sido posible sin el extraordinario apoyo y amistad del Lic. Juan Carlos Villalobos López, Director de Análisis y Divulgación de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien desde que discutimos por primera vez la propuesta, según recuerdo en Ciudad Juárez, Chihuahua, en octubre de 2017, incansablemente busco asegurar su creación y publicación. Extiendo igualmente mis agradecimientos a la Mtra. Consuelo Olvera, Secretaria Ejecutiva, y al Lic. Luis Raúl González Pérez, Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por la gran dedicación e importancia que le han brindado a la temática de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, tanto en México como en sus actividades en los foros regionales e internacionales.

Por otra parte, por esta vía se reconoce y agradece al Anuario Mexicano de Derecho Internacional, y a su Director, Dr. Manuel Becerra Ramírez, por la facilidad otorgada para la publicación de estos capítulos, que aparecieron en forma de artículos en el Anuario de forma ininterrumpida entre 2013 y 2017.

Por último, agradezco igualmente al equipo de la CNDH a cargo de la edición de esta obra, por el cuidado brindado a la presente publicación, así como a todos los dictaminadores que a lo largo de los años hicieron recomendaciones que enriquecieron la estructura y la sustancia de los textos que aquí se presentan.



## A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Este libro surge de la continua interacción entre el autor y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en el tema de la responsabilidad de las empresas en este ámbito; pero como se podrá observar, es esencialmente una recopilación de diferentes textos publicados en el Anuario Mexicano de Derecho Internacional, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Dichos textos permiten al lector contar, en un espacio concreto, con cinco contribuciones que abordan distintos ángulos de la temática en el marco del derecho internacional, en lengua hispana. En ese sentido, podrá igualmente observarse alguna evolución en cuanto a los contenidos sustantivos, particularmente entre el primero y el cuarto textos, pero también una línea discursiva que subyace —en mayor o menor medida— a todos ellos, y que es la cuestión de la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos. Y al mencionar la cuestión de la efectividad, no se hace referencia meramente al cumplimiento de las obligaciones internacionales, sino a la idea de que todas las acciones del aparato estatal, a través de sus diferentes poderes y divisiones administrativas a nivel interno, deben estar encaminadas a que la protección de los derechos humanos de todas las personas exista en la práctica.

Esta breve introducción no busca abordar a detalle aspectos sustantivos sobre la discusión internacional respecto a la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos; ella se podrá observar en los diferentes capítulos de este texto, que abordan el desarrollo inter-

nacional de la cuestión desde los años setenta del siglo pasado, hasta la adopción de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos; algunos comentarios en relación a la discusión sobre la extraterritorialidad y el papel del *soft law* para la evolución de esta temática; la función de la OCDE en materia de derechos humanos, esencialmente a través de sus Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional; sobre el inicio de las negociaciones y discusiones para la elaboración de un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos; y por último, sobre el desarrollo y la adopción de Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos. Estos artículos, reproducidos íntegramente en esta compilación, plantean entonces apenas algunos de los muchos ángulos en los que se ha diversificado esta temática, y de las mutaciones constantes que ocurren como resultado de las decisiones judiciales o administrativas de los Estados, de los esfuerzos de la sociedad civil, o de la práctica de las empresas.

La visión sobre esta temática, particularmente para los países de América Latina —o para los de otras latitudes que también se encuentran en vías de desarrollo—, necesita de una complementariedad en distintos sentidos: por una parte, en relación al balance que se debe encontrar entre desarrollo económico y protección a los derechos humanos, lo cual lleva entonces a analizar el fondo de las decisiones que un Estado debe tomar para lograr avanzar. Una pregunta que los Estados deben hacerse es hacia qué desean avanzar, cuál es el objetivo que persiguen, lo cual denota de cierta manera una transformación sobre la concepción clásica de la función del Estado como un mero garante del orden público y social. En el siglo XXI, ¿lo ideal es avanzar en materia de derechos humanos, o bien en materia de desarrollo económico, que presupone por consecuencia una mejora en la protección y garantía de los primeros? ¿Son compatibles ambos desarrollos, o aún más, pueden darse de forma simultánea y automática? En principio, la respuesta lógica que se podría dar a esta cuestión

es que el avance se puede lograr por medio del *desarrollo sostenible*,<sup>1</sup> esa perspectiva que presupone que es posible lograr un avance equitativo entre desarrollo económico y protección del medio ambiente y de los derechos humanos, sin perjudicar los derechos de las generaciones futuras. Sin embargo, es altamente cuestionable que esa sea la realidad, particularmente en aquellos países que dependen de las industrias extractivas —como es el caso de muchos países en vías de desarrollo en todo el mundo—, e incluso para otros países que están específicamente concentrados en el desarrollo económico, independientemente de la suerte con que corran los ciudadanos y personas bajo su jurisdicción en términos de protección de los derechos humanos.

Una segunda pregunta que cabe plantear es cómo lograr un balance entre ambos aspectos: ¿será acaso la regulación internacional, por la vía de un tratado, suficiente para transformar la conducta empresarial en materia de derechos humanos? ¿O bien, deben los Estados concentrarse meramente en el desarrollo de políticas públicas nacionales en esta temática? Por otra parte, ¿podría la legislación nacional con efectos extraterritoriales ayudar a cubrir todos esos elementos que necesitan atenderse, e incluso ayudar a reducir las brechas existentes? ¿O será acaso que solamente una regulación multinivel —eso que Surya Deva propone como la *teoría integrada de regulación*<sup>2</sup>— puede permitir a los Estados verdaderamente enfrentar los huecos de gobernanza que han sido producidos por la globalización y explotados por las empresas con operaciones transnacionales?<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Schrijver, Nico, 'The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status', *Recueil des cours*, Vol. 329, 2007, pp. 217-412; Martin-Chenut, Kathia y de Quenaudon, René (dirs.), *Développement durable: mutations ou métamorphose de la responsabilité?*, París, Pedone, 2016.

<sup>2</sup> Deva, Surya, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012.

<sup>3</sup> Simons, Penelope y Macklin, Audrey, *The Governance Gap: Extractive Industries, Human Rights, and the Home State Advantage*, Londres, Routledge, 2014, pp. 3-16.

Lo cierto es que conforme se hace patente la limitación a la que se enfrentan los Estados para adoptar medidas efectivas a nivel interno, tanto de regulación como de adjudicación, surgen mayores llamados para establecer normas internacionales, con la expectativa de que sean éstas las que logren cerrar las brechas existentes entre los diversos sistemas y marcos jurídicos nacionales. Ciertamente, un tratado internacional puede contribuir directamente a establecer un piso mínimo de (por lo menos) obligaciones *indirectas*<sup>4</sup> para las empresas, a través de la adopción e implementación de normas nacionales sobre debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos y sobre divulgación de información, que podría ser complementado con la unificación de criterios en materia de derecho internacional privado siguiendo el modelo del Reglamento Bruselas I bis, que regula la competencia jurisdiccional en materia civil y comercial en los países de Europa, y que establece cuáles foros serán competentes para recibir demandas contra empresas cuya sede se encuentra en su territorio por daños extracontractuales. De la misma manera, un instrumento internacional podría facilitar —o por lo menos ayudar a hacer menos compleja— la cooperación judicial internacional, otorgando por consecuencia a las víctimas cierto nivel de certeza jurídica y de equidad sobre los procedimientos existentes en casos transfronterizos, que en el ámbito de las empresas y los derechos humanos tiende a ser la regla. De tal forma, la misión de un tratado internacional puede ser la creación de una obligación internacional estandarizada para los Estados, así como establecer lineamientos que guíen su actividad para intentar controlar de forma efectiva la conducta de las empresas que resulte lesiva para los derechos humanos.

---

<sup>4</sup> Cf. Carrillo Santarelli, Nicolás, 'A Defence of Direct International Human Rights Obligations of (All) Corporations' in Letnar Cernic, Jernej y Carrillo Santarelli, Nicolás (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Cambridge, Intersentia, 2018.

Sin embargo, considerar que sólo un tratado internacional puede solucionar dichos problemas, como se ha planteado en diversas instancias y por numerosos actores, podría equivaler a ignorar la dimensión del reto que plantea el control del sector privado transnacional.<sup>5</sup> Por el contrario, para poder hacer frente de forma efectiva a dicho fenómeno, será necesario contar con todos los mecanismos existentes—incluso con mecanismos de autorregulación o de co-regulación entre el sector privado y otros actores no estatales, como las organizaciones de la sociedad civil—<sup>6</sup> para generar una adecuada supervisión tanto a nivel internacional como nacional, y que no dependa únicamente de la capacidad propia del Estado; así como establecer bases comunes para que las víctimas no sólo cuenten con una instancia jurisdiccional única para presentar sus reclamos, sino que pueda existir una pluralidad de jurisdicciones que puedan tener competencia para recibir demandas por abusos a derechos humanos ligados a actividades empresariales cuando un Estado no pueda o no quiera ejercer jurisdicción, y otro asuma su competencia por nexos con la causa en cuestión o para evitar una denegación de justicia. Esta propuesta no resuelve del todo la situación, puesto que será necesario que los elementos y mecanismos que se diseñen garanticen la igualdad y la no discriminación de los actores involucrados, incluyendo de las empresas; pero tratándose de empresas matrices, subsidiarias, cadenas de suministro y proveedores, dependerá entonces del control que las primeras ejerzan sobre sus cadenas de suministro y de valor para prevenir, en la mayor medida de lo posible, los impactos negativos en los derechos humanos.

---

<sup>5</sup> Kessedjian, Catherine, *Le droit international collaboratif*, París, Pedone, 2016, pp. 155-164.

<sup>6</sup> Ryngaert, Cedric, 'Transnational private regulation and human rights: The limitations of stateless law and the re-entry of the state' en Letnar Cernic, Jernej y Van Ho, Tara (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015.

La efectividad en este ámbito dependerá, por consecuencia, de que los Estados logren implementar efectivamente los compromisos que llegaren a establecerse internacionalmente a través de un eventual tratado sobre empresas y derechos humanos —o en su defecto, que derivan de la obligación de protección del Estado establecida en numerosos tratados internacionales y regionales—, lo cual necesariamente requerirá de distintas medidas a nivel interno, tanto legislativas como de políticas públicas, capacitación e incluso presupuestales. Es en este ámbito donde los Estados deben trabajar principalmente para lograr cumplir sus compromisos internacionales, puesto que la efectividad de los instrumentos internacionales —y nacionales, ciertamente— dependerá de la posibilidad que tengan los agentes del Estado de cumplir con la normatividad aplicable. En ese sentido, los Planes de Acción Nacional y otras herramientas podrán acercar al aparato gubernamental a ese objetivo, al contribuir a generar la capacidad necesaria para que éste pueda observar las obligaciones existentes, y ejercer una jurisdicción efectiva sobre actores no estatales, como las empresas.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Sobre el tema de mecanismos de derecho interno diversos a la legislación, véase Iwasawa, Yuji, 'Domestic Application of International Law', *Recueil des cours*, Vol. 378, 2016, pp. 134-199.

# EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: ¿HACIA UNA REGULACIÓN JURÍDICA EFECTIVA, O EL MANTENIMIENTO DEL *STATUS QUO*?\*

## I. INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual en que vivimos, en una era globalizada en donde las limitaciones y barreras geográficas desaparecen para dar paso a un permanente flujo internacional de capitales, transacciones comerciales y empresas, el derecho tiene una importante y difícil prueba de adaptación, con la finalidad de garantizar la estabilidad social, el desarrollo económico y el Estado de derecho. Tras una importante recesión económica que se ha venido arrastrando desde el 2008, y en un momento en que la economía mundial parece comenzar a recuperarse a pesar de ciertos desafíos pendientes (como la crisis económica de ciertos países europeos), nos encontramos frente a la inmejorable oportunidad de retomar el discurso en torno a la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos.

Siendo uno de los temas que han tenido una larga trayectoria en el seno internacional, desde la década de 1970 —o incluso desde antes, si se toman en consideración los juicios penales tras la Segunda Guerra Mundial en donde se imputó una responsabilidad penal corporativa a ciertas empresas alemanas, como IG Farben, por su participación en crímenes internacionales<sup>8</sup>- hasta nuestros días, en

---

\* *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013.

<sup>8</sup> Véase Jessberger, F., “On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, No. 3, 2010, pp. 783-802.

donde apenas hace unos meses se conformó el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales,<sup>9</sup> con la finalidad de dar seguimiento al trabajo del Representante Especial del Secretario General de la ONU, John Ruggie,<sup>10</sup> sobre ese mismo tema, resulta interesante señalar la breve discusión que sobre dicha problemática ha existido en la literatura jurídica mexicana.<sup>11</sup>

Por ello, a través del presente artículo se buscará esgrimir ciertos argumentos y consideraciones en torno al tema de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, un área en donde las diferentes aristas que presenta esta temática le otorgan un grado de complejidad importante a nivel mundial, que ha dificultado un verdadero consenso a nivel internacional, y desde luego, su rechazo por parte de la comunidad empresarial.<sup>12</sup>

Mucho se ha discutido en los foros internacionales sobre los motivos, la pertinencia y la justificación de atribuir responsabilidad a las empresas en el área de los derechos humanos; sin embargo, el debate se ha diluido por diversas salidas, desviándose en muchas ocasiones

---

<sup>9</sup> Resolución A/HRC/RES/17/4 (Julio 6, 2011), por la que se establece el Grupo de Trabajo para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

<sup>10</sup> Documento A/HRC/17/31 (Marzo 21, 2011), por el que el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, presentó los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”.

<sup>11</sup> Entre ellos, véase Estrada Tanck, E. D., *Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2005.

<sup>12</sup> Algunas empresas, desde luego, reaccionaron de manera más enérgica que otras. Vid. Herbel P., “Les attentes des entreprises”, en Decaux E. (Dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 2010, pp. 149-154, quien señala el límite de los deberes de las empresas, así como la declaración conjunta remitida por la Cámara de Comercio Internacional y la Organización Internacional de Empleadores (Documento E/CN.4/Sub.2/2003/NGO/44; Julio 29, 2003) ante la antigua Comisión de Derechos Humanos, respecto a las Normas de la Subcomisión.

de su objetivo original, que es la determinación de las obligaciones, y en su caso, de las vías jurídicas por las que tal responsabilidad podría atribuirse o determinarse. Por lo anterior, consideramos que las empresas, sean éstas transnacionales o nacionales, tienen una responsabilidad de cumplir con las prerrogativas humanas reconocidas internacionalmente, a fin de evitar lesionar los derechos de los individuos —tanto en sus acepciones personal, como colectiva y social— en los lugares en donde éstas ejercen sus operaciones.

## II. UN BREVE RECUENTO: EL DESARROLLO DE LA DISCUSIÓN A NIVEL INTERNACIONAL EN TORNO A LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La preocupación de los nuevos países independientes en la década de 1960 por la falta de balance y su limitada participación en la determinación y conducción de la economía mundial, aunado al temor por el creciente poder e influencia de las entonces llamadas empresas multinacionales que podría derivar en una intromisión en la soberanía de los Estados con mayores recursos naturales pero con poco desarrollo institucional y económico, fueron algunos de los motivos por los que se decidió debatir en el seno de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional.<sup>13</sup>

Una de las maneras en la que la Asamblea General de las Naciones Unidas determinó que era prudente buscar equiparar la distribución de la riqueza entre los países desarrollados y los países del tercer mundo, así como de regular el creciente poder de las empresas, fue a través de la creación de un Código de Conducta para las Empresas

---

<sup>13</sup> UN Doc. A/Res/3201 (S-VI) (Mayo 1, 1974).

Transnacionales,<sup>14</sup> que pudiera auxiliar —y en todo caso, complementar— en las limitaciones que los países tenían en el ámbito jurisdiccional frente a dichas sociedades.<sup>15</sup>

La creación de dicho Código fue el resultado de un informe de 1974 relativo al impacto de las corporaciones en el desarrollo y las relaciones internacionales,<sup>16</sup> a partir del cual se crearon el Centro sobre Corporaciones Transnacionales y la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales de la ONU. Fue esta última la que tuvo como objetivo el desarrollo de un código de conducta comprehensivo que incluyera los principales riesgos y preocupaciones respecto al funcionamiento y accionar de las empresas multinacionales.

De tal manera, se elaboró un proyecto taxonómico dividido en dos partes, que contuvo numerosas referencias en torno a las obligaciones de las empresas transnacionales, en el cual se contemplaban obligaciones relativas a los derechos humanos, el medio ambiente, el principio de no intervención en los asuntos internos, la transferencia de tecnología o la protección de los consumidores. De la misma forma,

---

<sup>14</sup> Este documento se inspiró en una iniciativa de la Organización Mundial de la Salud para regular el uso de sustitutos de leche materna, conocido como el Código para la Fórmula Infantil (UN. Doc YHA/Res/34.22 y su anexo, Mayo 21, 1981), tras una controversia sanitaria y mercadotécnica en la que estuvo implicada la multinacional Nestlé. *Vid.* Jägers, N., *Corporate Human Rights Obligations. In Search of Accountability*, Antwerp, Intersentia, 2002, p. 120.

<sup>15</sup> En este sentido, Bernardo Sepúlveda Amor opinó que “La necesidad de un Código internacional para las empresas transnacionales deriva de las limitaciones que enfrenta la acción gubernamental unilateral. En efecto, la naturaleza de la empresa transnacional, que realiza sus operaciones en una multitud de jurisdicciones económicas, legales y políticas, trae como consecuencia la conveniencia de concluir acuerdos entre estados... las disposiciones del Código servirían para complementar internacionalmente las disposiciones internas en materia de empresas transnacionales.” *Vid.* Sepúlveda Amor, B., “La regulación internacional de las empresas transnacionales: México entre el diálogo Norte-Sur”, *Foro Internacional*, No. 84, 1981, pp. 445-446. *Cfr.* Zamora, P., “Empresas transnacionales: Necesidad de su regulación específica dentro de nuestro derecho positivo mexicano (Cuestiones relativas)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 136-138, 1984, pp. 879-888, en dónde el autor explica la necesidad de contar con instrumentos regulatorios principalmente a nivel nacional.

<sup>16</sup> UN Doc. E/5500/Rev.1/Add.1 (Part 1) (Mayo 24, 1974).

también incluyó una cantidad importante de prerrogativas en torno al trato de las empresas extranjeras en un territorio diferente al de su constitución, en donde se discutía la importancia de proteger la inversión extranjera directa para fomentar el desarrollo e intercambio económico y comercial.<sup>17</sup>

No obstante ello, la polarización política e ideológica existente durante dicha época obstaculizó las discusiones en torno al proyecto de código. Si bien existía un cierto consenso en torno a que la existencia de un Código de Conducta para las Corporaciones Transnacionales generaría una atmósfera de competencia económica y estabilidad que favorecería a la economía y el comercio internacional, la sensación de los países desarrollados de que las empresas deberían tener una mayor protección en los Estados receptores de inversiones dio origen a una interminable lucha entre los países en vías de desarrollo y los Estados socialistas contra los Estados capitalistas. En sí, se convirtió en una disputa Norte-Sur (países desarrollados contra países en vías de desarrollo), y Este (URSS y países socialistas) contra Oeste (Estados Unidos, Canadá y Europa, en general).<sup>18</sup>

El proyecto de Código de Conducta fue presentado en la octava sesión de la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales, en 1982.<sup>19</sup> Sin embargo, y como resultado del intenso debate entre las diferentes facciones que intervinieron en torno al trato de las corporaciones transnacionales, se consideró que estaba aún incompleto, por lo que

---

<sup>17</sup> UN Doc. E/1983/17/Rev.1 (Marzo 7-18, Mayo 9-21, 1983)

<sup>18</sup> Para una breve descripción de las ideologías imperantes en la época del Grupo de Trabajo, así como del desarrollo del proyecto de código, véase Estrada Tanck, D. E., *op. cit.*, pp. 21-23. "Entre las preocupaciones... figuraba notablemente la de la intromisión de las sociedades transnacionales de los países industrializados en los asuntos internos, incluyendo en la vida política, de los países receptores de la inversión." *Vid.* De Schutter, O., "La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'Homme commises par les sociétés transnationales", en Decaux E. (Dir.), *op. cit.*, p. 30.

<sup>19</sup> UN Doc. E/C.10/1982/6 (Junio 5, 1982).

fue revisado en varias ocasiones. Lentamente, el Código fue perdiendo su característica ideología regulatoria, acercándose más al objetivo de los países desarrollados, que contemplaba un código minimalista en el que se establecieran directrices y no normas vinculantes; así, la última versión del código fue presentada en mayo de 1990. A pesar de que existía la impresión de que podría finalmente llegarse a un consenso,<sup>20</sup> las negociaciones fueron definitivamente suspendidas en julio de 1992, y la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales fue renombrada y adjunta a otras áreas de trabajo de las Naciones Unidas en 1994.<sup>21</sup>

Tras el abandono del proyecto del código, la discusión continuó. En 1999, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Kofi Annan, presentó en el Foro Económico Mundial, en Davos, Suiza, una propuesta que se acercaba más a la ideología de los países capitalistas y de las empresas durante los debates en torno al código de conducta. Consistente en nueve principios, que posteriormente fueron ampliados a diez, nació el *Pacto Mundial* (*Global Compact* en Inglés), con el que se buscaba que las empresas que se suscribieran de manera voluntaria a dicha iniciativa respondieran públicamente por las faltas al decálogo de compromisos ahí contenidos. Sin embargo, más que la búsqueda de creación de obligaciones directas a las empresas, este proyecto consiste en el fortalecimiento de una responsabilidad

---

<sup>20</sup> Kaufmann, J. y Schrijver, N., *Changing Global Needs: Expanding Roles for the United Nations System*, The Academic Council on the United Nations System, Reports and Papers 1990-5, p. 27.

<sup>21</sup> E/C.10/1994/14 (Mayo 2-11, 1994); en dicho documento se recomendó que se centrara en lo sucesivo en el tema de las inversiones internacionales y las empresas transnacionales, y que su mandato estuviera bajo el dominio del Consejo sobre Comercio y Desarrollo. De tal forma, la Asamblea General de Naciones Unidas determinó en la Resolución 1994/1 (Julio 14, 1994) que se adoptaría la recomendación de la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales, poniendo fin a la primera aproximación internacional para adoptar un código de conducta para las empresas transnacionales.

social corporativa o empresarial.<sup>22</sup> Esta situación, y su diferencia fundamental con el Código de Conducta para las Empresas Transnacionales, así como las principales críticas en su contra, serán discutidas más adelante.

En la misma línea que el Código de Conducta para las Corporaciones Transnacionales, entre los años 2002 y 2003 se gestó un proyecto similar en la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. A este proyecto, también taxonómico en cuanto al establecimiento de cierto tipo de obligaciones derivadas directamente del derecho internacional para las empresas transnacionales, se le denominó las *Normas sobre la responsabilidad de las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos*, en el cual se contenían diversas responsabilidades y obligaciones que debían adoptar las empresas en su esfera de influencia<sup>23</sup> —y desde luego, de control<sup>24</sup>—, que les eran

<sup>22</sup> Vid. Rasche, A., “A Necessary Supplement”- What the United Nations Global Compact Is and Is Not”, *Business and Society*, Vol. 48, No. 4, 2009, pp. 511-537, quien señala que el modelo que intenta establecer el Pacto Mundial se basa en la idea de que las empresas, a través del diálogo y proyectos conjuntos, pueden ser responsables y generar un verdadero cambio en la sociedad.

<sup>23</sup> Este término, *esfera de influencia*, ha sido fuertemente criticado por su vaguedad, y estudiado consecuentemente para intemar definir su alcance. Para de Schutter, por ejemplo, la noción de esfera de influencia necesita mayor claridad y precisión antes de poder utilizarla como herramienta en un litigio civil, fundado en una supuesta violación corporativa de derechos humanos. Cfr. De Schutter O., “The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors”, en De Schutter O. (Ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 17. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por ejemplo, citando al Consejo Internacional de Políticas sobre Derechos Humanos, ha señalado que “tiende a incluir a los individuos respecto de los cuales la empresa tenga alguna cercanía política, contractual, económica o geográfica”. Véase *Beyond Voluntarism-Human Rights and the Developing International Legal Obligations of Companies*, International Council on Human Rights Policy, 2002, p. 136

<sup>24</sup> Ésta se ha definido como aquél espacio empresarial en el que la empresa tiene una verdadera autoridad derivada de algún vínculo contractual, sea en materia de trabajo, civil o mercantil. En ese sentido se explica Steinhart, al señalar que el grado de responsabilidad es directamente proporcional al control que la empresa tenga sobre la situación y la violación de derechos humanos. Vid. Steinhart R., “Corporate Responsibility and the International

aplicables conjunta y solidariamente junto a los Estados por el hecho de ser órganos de la sociedad.

Dentro de dichas obligaciones, las Normas —que además contenían un comentario anexo explicando el alcance de cada una de las obligaciones estipuladas— comprendían áreas como el derecho a la igualdad y a la no discriminación, los derechos laborales, el respeto a la soberanía nacional y a los derechos humanos, a la protección del consumidor y del medio ambiente, y a la seguridad de las personas. De cierta forma, se puede considerar que retomaron el trabajo del Proyecto de Código de Conducta, aunque en un contexto globalizado y con diferentes perspectivas de realización.

Uno de los conceptos innovadores —y cabe decir que uno de los más criticados, por su vaguedad— fue el de incluir la obligación de las empresas de implementar dichas normas en su esfera de influencia, es decir, en sus relaciones comerciales con proveedores y clientes, lo cual implicaba además un deber de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones en todas sus transacciones comerciales. Lo anterior fue desde luego percibido con desdén por parte de las empresas, que argumentaron que sus obligaciones se limitaban, en todo caso, a su esfera de control,<sup>25</sup> y que no les correspondía vigilar el cumplimiento de las obligaciones de otras sociedades jurídicas.

A pesar de haber sido adoptadas por la Subcomisión a través de la resolución 2003/16,<sup>26</sup> la extinta Comisión de Derechos Humanos de la ONU determinó que no debía dársele ningún seguimiento a la aplicación de las normas, y que por el hecho de ser un documento

---

Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria”, en Alston P. (Ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 217. En el mismo sentido se expresa Herbel, al manifestar que la empresa tiene responsabilidad únicamente por aquellos actos que deriven de una obligación o relación contractual, teniendo como limitantes sus medios, el margen de maniobra y el nivel de gobernabilidad en el país. Véase Herbel P., *op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>25</sup> *Cfr.* Herbel P., *op. cit.*

<sup>26</sup> UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/43 (Agosto 13, 2003).

realizado de manera autónoma por la Subcomisión, sin haber sido solicitado por algún otro órgano de las Naciones Unidas, carecía de todo valor jurídico.<sup>27</sup> De la misma forma, los gobiernos y las empresas alegaron que podrían generar confusión, e incluso una transferencia de las obligaciones de los Estados a las corporaciones, lo cual podría ser aprovechado por los Estados para liberarse de su responsabilidad en la materia. Por lo tanto, y a pesar de haber sido gratamente recibidas por la sociedad civil, la academia y las ONG a nivel internacional, la aplicación y función de las Normas de la Subcomisión se convirtieron en una mera referencia sobre las aspiraciones existentes en torno a un mayor control de las actividades de las empresas transnacionales.<sup>28</sup>

No obstante haber sido descartadas por la Comisión de Derechos Humanos, este órgano determinó que se debería continuar con la especificación del alcance de dichas Normas.<sup>29</sup> Por lo tanto, nombró al Profesor John Ruggie como *Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las Empresas Transnacionales*, para aclarar el alcance de las Normas, y en su caso clarificar el panorama en torno a las responsabilidades que las empresas tienen en el ámbito de los derechos humanos.

Ruggie se desempeñó en dos mandatos de tres años, el primero del 2005 al 2008, en el que desarrolló el marco conceptual 'Proteger, Respetar y Remediar' (*Protect, Respect and Remedy*),<sup>30</sup> donde deter-

<sup>27</sup> UN Doc. 2004/116 (Abril 20, 2004).

<sup>28</sup> Al respecto, Weissbrodt señala que las Normas de la Subcomisión continúan siendo necesarias como un suplemento de los estándares internacionales existentes por ser aplicables a todas las empresas, y no sólo a aquéllas que acuerden participar. Véase Weissbrodt D., "Rapport Introductif: The Sub-Commission Principles on the Responsibility of Transnational Corporations in Regard to Human Rights", en Decaux E. (Dir.), *op. cit.*, p. 111.

<sup>29</sup> UN Doc. A/HRC/17/31, párrafos 3 y ss. (Marzo 21, 2011). En él, Ruggie explica el origen de su mandato como Representante Especial, así como el desarrollo de sus propuestas de manera general.

<sup>30</sup> En el 2007, Ruggie proponía dos ideas principales: ampliar el sistema de cooperación internacional y reforzar los sistemas judiciales de los Estados receptores y de origen de las

minaba las obligaciones que tanto los Estados como las empresas tenían: en dicho documento, consideró que era deber de los Estados proteger los derechos humanos, de las empresas respetarlos y ejercer la diligencia debida (*due diligence*) en la conducción de sus operaciones, y la necesidad de crear recursos jurídicos a favor de las víctimas para lograr la reparación por los daños que pudieran resultar.

Durante su segundo período entre el 2008 y 2011, tomando como base el marco conceptual que ya había desarrollado, diseñó los ‘Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos’ (*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations Protect, Respect and Remedy Framework*), a través de los cuales proponía la implementación y operatividad del marco conceptual que entregó al final de su primer mandato, estableciendo las condiciones con las que se podría garantizar un cumplimiento efectivo, tanto de los Estados como de las empresas, respecto al respeto de los derechos humanos.

Tras el fin de su mandato, se creó en el seno de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos un Grupo de Trabajo para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales,<sup>31</sup> que entró en funciones en Noviembre del 2011, tuvo su primera sesión en Ginebra, Suiza, entre el 16 y 20 de enero de 2012, y la segunda entre el 8 y 11 de mayo de ese mismo año. En dicha sesión, el Grupo de Trabajo determinó sus métodos de trabajo, teniendo como función principal la diseminación e implementación de los Principios Rectores. Así, dentro de sus actividades tendrá las visitas a países y consul-

---

empresas, así como construir un sistema en el que las empresas, las ONG, la sociedad civil y los Estados concurrieran para implementar una protección efectiva de los derechos humanos, a través de la integración de elementos voluntarios y obligatorios. *Vid.* Ruggie J., “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *American Journal of International Law*, Vol. 101, 2007, p. 839.

<sup>31</sup> UN Doc. A/HRC/RES/17/4 (Julio 6, 2011).

tas con los actores involucrados, así como un Foro sobre Empresas y Derechos Humanos, aunque dichos aspectos funcionales se desarrollarán conforme vayan avanzando las sesiones del Grupo de Trabajo.

Si bien podemos observar que de manera general se ha intentado adoptar un enfoque regulatorio y compulsivo en torno a las actividades de las empresas que repercuten en el goce de los derechos humanos, a fin de que éstas se responsabilicen por sus acciones que resulten contraproducentes a las prerrogativas fundamentales de las poblaciones en las que desarrollan sus operaciones, también es cierto que nos encontramos ante un parteaguas histórico: trasladar parte de la responsabilidad —en sí, una responsabilidad indirecta y secundaria— del Estado a los entes privados, de manera que las empresas deban garantizar su respeto a los derechos humanos.

El enfoque esencialmente nominativo que adoptaron los Principios Rectores de Ruggie impide trasladar directamente la obligación jurídica hacia las empresas; sin embargo, sí reconoce efectivamente que tienen, por lo menos, la obligación de contribuir con el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, y en su caso, a la reparación por cualquier actividad que resulte dañina a cualquiera de los derechos fundamentales, incluyendo, por lo menos, aquéllos reconocidos en la *Carta Internacional de los Derechos Humanos* (es decir, la Declaración Universal e los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), además de algunas de las prerrogativas laborales reconocidas en los convenios principales de la Organización Internacional del Trabajo.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Este enfoque, por tanto, ha sido criticado por su visión restrictiva del derecho internacional de los derechos humanos, dejando fuera de la protección que sugiere a las empresas a elementos como el derecho al medio ambiente sano, o en una perspectiva más avanzada, al desarrollo, así como al derecho consuetudinario o al derecho internacional general. Lo anterior será comentado más adelante.

En sí, pues, aparenta ser una primera aproximación a la noción de generar una obligación para las empresas en materia de derechos humanos, en la forma en que ha existido en el derecho penal internacional<sup>33</sup> o en materia de inversiones,<sup>34</sup> aunque en realidad sea una manifestación simplista en torno a la constante obligación estatal de garantizar los derechos humanos, y una recomendación a las empresas a esforzarse por no infringirlos. La expectativa creada por los Principios Rectores, y la crítica que apareció previo y tras su adopción por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, será analizada más adelante.

Habiendo revisado brevemente el desarrollo de la idea de imponer obligaciones internacionales a las empresas transnacionales, es claro que nos encontramos ante una dicotomía regulatoria: una que propugna por un autocontrol que tenga como objetivo una mejora de la imagen social corporativa ante la sociedad, y otra que señala la responsabilidad jurídica que tienen las corporaciones en torno a los derechos fundamentales de la persona. A pesar de la intensa discusión académica que ha existido a nivel internacional respecto a las obligaciones corporativas en la materia, es necesario hacer una distinción entre lo que constituye la responsabilidad empresarial en derechos

---

<sup>33</sup> Recuérdense, por ejemplo, los casos de Krupp (*The United States of America vs. Alfred Krupp, et al.*) o IG Farben (*The United States of America vs. Carl Krauch, et al.*) ante el Tribunal Militar Internacional, en los que las corporaciones alemanas fueron encontradas culpables de crímenes de guerra —a través de sus directivos— por ayudar al ejército Nazi durante la Segunda Guerra Mundial. Para Jessberger, el valor actual de las resoluciones que determinaron imputar responsabilidad criminal a los empresarios alemanes es precisamente la valentía para subrayar la responsabilidad de las industrias y los negocios por cualquier violación de las normas del derecho penal internacional —que en muchos casos, se sobrepone con violaciones de derechos humanos. *Vid.* Jessberger, F., *op. cit.*, p. 802.

<sup>34</sup> En donde a las empresas, en general, se les reconoce un *locus standi* ante los gobiernos, ante los cuales tienen derechos y obligaciones; es, por tanto, uno de los reconocimientos expresos de una personalidad jurídica a nivel internacional, que ha sido considerada como derivada, relativa o secundaria, y definitivamente específica, pues sólo se les atribuye en ciertos ámbitos y bajo ciertos regímenes jurídicos a nivel internacional.

humanos (REDH), y su diferencia con la responsabilidad social empresarial (RSE), que si bien son conceptos hasta cierto punto similares, tienen enfoques distintos. Esto se ha manifestado tanto a nivel diplomático como académico, por lo que se intentará explicar en el próximo capítulo.

### III. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

#### Y RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN DERECHOS HUMANOS: CONCEPTOS CONVERGENTES Y DIVERGENTES

Si bien contienen algunos elementos afines, los dos conceptos arriba enunciados, la responsabilidad social empresarial y la responsabilidad empresarial en derechos humanos, son teleológicamente distintos. Por lo anterior, procederemos a analizar brevemente las características que cada uno de ellos alberga.

En primer lugar, la responsabilidad social empresarial<sup>35</sup> es un concepto que aparece y se expande tras la muerte del proyecto de Código de Conducta de la Comisión de Corporaciones Transnacionales

---

<sup>35</sup> Véase Gossling, T., *Corporate Social Responsibility and Business Performance*, Chettenham, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 1, en donde el autor define a la RSE como una responsabilidad en la administración de las organizaciones, en la que se toman en cuenta problemas sociales, ambientales y el desarrollo económico de la región y la sociedad. "...el movimiento de la responsabilidad social empresarial (RSE) pretende proponer una respuesta concreta a la tensión entre la maximización del valor para el accionista... y las exigencias sociales legítimas de las "partes involucradas".", es decir, acercar al empresario con la sociedad para lograr establecer una especie de diálogo que los lleve a cooperar en beneficio de la comunidad. Vid. CNCDH, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, Paris, La Documentation Française, 2009, p. 17. Ya en 1980 se intentaba dar una explicación del concepto de Responsabilidad Social Empresarial: "... la RSE es 'la noción según la cual las empresas tienen una obligación frente a los grupos constituidos de la sociedad, distintos a los accionistas, y más allá de lo que se encuentra prescrito en la ley o en los acuerdos sociales, demostrando así que un desafío puede exceder el solo derecho de propiedad'." Véase Jones, T.M., "Corporate Social Responsibility Revisited, Redefined", *California Management Review*, vol. 22, 1980, p. 52.

de las Naciones Unidas, convirtiéndose en una alternativa a la propuesta vinculante que planteaba dicho instrumento internacional. Igualmente, se convierte en un modelo para instrumentalizar y volver operativo el desarrollo sostenible,<sup>36</sup> que en la época se encontraba en un momento expansivo, por lo que las empresas se ven en la necesidad de replantear sus procesos para incluir propuestas de desarrollo económico y cuidado del medio ambiente que satisfagan las exigencias sociales.<sup>37</sup>

De tal forma, y a través de enunciados y compromisos voluntarios, se plantea la posibilidad de que las empresas contribuyan, conforme a su deseo, con adecuaciones en sus procesos productivos y manifestaciones sociales que les permitan tener un mayor acercamiento con la sociedad en que se desarrollan. Se busca, por tanto, generar una percepción de una empresa benévola e interesada por su comunidad; a grandes rasgos, una mejora de su imagen ante la sociedad.

Lo anterior, a nivel internacional, ha trascendido a través del proyecto del *Global Compact*, o Pacto Mundial. Dicha iniciativa, creada y apoyada por la Organización de las Naciones Unidas, ha obtenido cierto nivel de confianza de parte de la comunidad empresarial global, ya que consiste en compromisos que las empresas que se suscriban deben concretar en la medida de sus posibilidades dentro de su esfera de influencia, sin que existan sanciones o responsabilidad distinta a la moral por su incumplimiento.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> “La expresión “desarrollo sostenible”... representa un compromiso entre, por una parte, las exigencias legítimas de ciertos países en materia de desarrollo socioeconómico, y por la otra, el reconocimiento del carácter frágil de la Tierra, cuyos recursos naturales susceptibles de explotación son limitados.” CNCDH, *op. cit.*, p. 26.

<sup>37</sup> La Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos de Francia estima que los objetivos de la RSE son la humanización de la globalización, la regulación de un modelo económico que engendra desigualdades sociales y daños ambientales mayores, y de responsabilizar al mundo de los negocios, con la finalidad de volver a colocar al hombre y al medio ambiente entre las preocupaciones de las empresas. *Ibid.*, p. 48.

<sup>38</sup> “...los analistas de la globalización han querido ver en la expresión gobierno global una nueva dimensión totalizadora de respeto integral a los acuerdos públicos y privados.” Véase

El Pacto Mundial se divide en cuatro áreas en las que las empresas deben realizar esfuerzos: derechos humanos,<sup>39</sup> derechos laborales,<sup>40</sup> medio ambiente<sup>41</sup> y combate a la corrupción.<sup>42</sup> Tal como se anuncia, este proyecto se trata de una plataforma para el desarrollo, la implementación y la revelación de políticas y prácticas corporativas responsables y sostenibles, que resulten en el alineamiento de operaciones y estrategias comerciales con los diez principios en ella enunciados, en un diálogo permanente y conjunto, y en un esfuerzo colectivo por apoyar la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas (*UN Millennium Development Goals*).<sup>43</sup> Al unirse a tal iniciativa, las empresas se comprometen a entregar anualmente un informe en el que se detallen la forma en que los diez principios del Pacto Mundial son aplicados, y a hacer un donativo anual cuyo monto depende del tamaño de la sociedad.

---

Enríquez Rosas, J. D., *Derecho Internacional Económico. Instituciones y críticas contemporáneas*, México, Porrúa, 2006, p. 149. Así, Rasche explica que a pesar de que el Pacto no es un sustituto de las regulaciones nacionales o internacionales que deberían existir, ni un marco exhaustivo de gobernanza global, sí es una primera respuesta pragmática ante la incapacidad de los gobiernos, que define una agenda para discutir los problemas de la gobernanza global. *Vid.* Rasche, A., *op. cit.*, p. 519.

<sup>39</sup> Principios 1 y 2, en los que se establece que las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados a nivel internacional, y asegurarse de no ser cómplices en situaciones de abuso de derechos humanos.

<sup>40</sup> Principios 3 al 6, donde se refiere que las empresas deberán garantizar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo a la negociación colectiva, eliminar todas las formas de trabajos forzados o de trabajo infantil, y erradicar la discriminación en el área de trabajo.

<sup>41</sup> Principios 7 al 9, indicándose en ellos que las empresas deben favorecer el enfoque precautorio ante los riesgos ambientales, emprender iniciativas que favorezcan una mayor responsabilidad ambiental, y alentar el desarrollo y difusión de tecnologías favorables al medio ambiente.

<sup>42</sup> El último principio refiere que las empresas deben luchar contra todo tipo de corrupción, incluyendo la extorsión y el soborno.

<sup>43</sup> En sí, el Pacto Mundial busca tener efectos en dos niveles: facilitar la cooperación, aprendizaje a largo plazo y la resolución de problemas desde una plataforma colectiva e incluyente a nivel internacional (*macro*), e internalizar sus principios en la estrategia y operaciones diarias de las empresas (*micro*). *Vid.* Rasche, A., *op. cit.*, p. 517.

Dicho proyecto, a pesar de ser uno de los más aceptados por la comunidad empresarial —esencialmente por su laxedad regulatoria—, también ha sido objeto de fuertes críticas por parte de las organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, ya que consideran que al no existir algún mecanismo de regulación o control, las empresas pueden hacer uso de la propaganda y logotipos de la iniciativa sin tener que cumplir con sus compromisos adoptados, ni verdaderamente esforzarse por mejorar sus récords en materia de derechos humanos.<sup>44</sup>

Por otra parte, el concepto de la responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos se integra por un componente obligatorio para las empresas, de manera que puedan ser responsabilizadas directamente por su incumplimiento o violación a las normas reconocidas en el foro global o en los escenarios regionales de protección de los derechos humanos.<sup>45</sup> Este enfoque, ampliamente elogiado por la academia y las ONG —pero desdeñado por las empresas y los gobiernos—, de manera general ha intentado utilizarse, aunque infructuosamente, en los dos intentos internacionales de regulación corporativa —el primero general, el segundo en el campo de derechos de las personas— que fueron mencionados con antelación.

La responsabilidad empresarial en derechos humanos consiste, pues, en que las empresas tienen ciertas obligaciones jurídicas en el campo de las prerrogativas fundamentales que deben respetar, en cualquier

---

<sup>44</sup> A tal fenómeno es al que se ha denominado *green-washing*, o *blue-washing*. Véase *Entreprises et violations des droits de l'homme*, Paris, FIDH, 2010, p. 513. Es debido a esta situación que se llevó a cabo una revisión integral de las bases del Pacto Mundial, a fin de evitar un uso negligente por parte de las empresas transnacionales, y de establecer un tipo de control sobre los reportes y la frecuencia con que éstos eran presentados por las empresas adheridas al programa.

<sup>45</sup> "...la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos... es un concepto político, democráticamente definido y oponible a los actores económicos que falten a su deber de diligencia o que sean culpables de violaciones a los derechos humanos [en cualquiera de sus modalidades, ya sea por acción u omisión]." CNCDH, *op. cit.*, p. 143.

territorio en donde desarrollen sus actividades. Así, independientemente de su voluntad o contribución social, deben respetar los tratados de derechos humanos internacionalmente reconocidos, con el fin de garantizar su cumplimiento y aplicación en su esfera de control, por lo menos.<sup>46</sup> De tal forma, dicha responsabilidad se convierte en una garantía mínima que las corporaciones y empresas comerciales deben cumplir, a fin de contribuir al establecimiento, desarrollo y permanencia de una cultura de legalidad, y con ello, al Estado de derecho.

En este tenor, concebimos que siendo la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos un marco normativo amplio —y que aún se encuentra en desarrollo y definición—, la responsabilidad social empresarial se convierte en un vórtice que forma parte de aquélla, siendo un ideal de lo que las empresas deberían representar y contribuir a la sociedad, y no sólo para beneficio y lucro de sus accionistas.<sup>47</sup> Así, podemos considerar que la responsabilidad de las empresas se convierte en un ideal político-jurídico dentro del ámbito general de los derechos humanos, en tanto que la responsabilidad social empresarial se vuelve la aplicación gerencial en el seno de las empresas de los ideales sociales que se reclaman como complemen-

---

<sup>46</sup> *The U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights: Analysis and Implementation*, Report by the Kenan Institute for Ethics, Duke University, 2012, p. 11; de igual forma se expresa John Ruggie (A/HRC/17/31) al citar en su principio número 12 la responsabilidad de las empresas de respetar la Carta Internacional de los Derechos Humanos y la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como algunos otros autores, que consideran que por lo menos la Declaración Universal de Derechos Humanos, en tanto que normas *jus cogens*, son aplicables a las empresas. Cfr. Wells C. y Elias J., “Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage”, en Alston P. (Ed.), *op. cit.*, p. 150.

<sup>47</sup> Por tanto, “La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos no invalida el concepto de responsabilidad social empresarial, sino que lo inserta en una construcción más política que gerencial.” CNCDH, *op. cit.*, p. 137.

tarios y necesarios al capitalismo, asemejándose e incluso compartiendo varias de las premisas de la gobernanza corporativa.<sup>48</sup>

La responsabilidad social empresarial (RSE) y la responsabilidad empresarial en derechos humanos (REDH) se intersectan precisamente en la búsqueda de una contribución a la sociedad: la primera es una aportación que hace la empresa, esencialmente en forma de colaboración a la comunidad donde trabaja o desarrolla sus operaciones, mientras que la segunda se compone por una obligación de sujeción y cumplimiento de estándares internacionalmente aceptados.

Sin embargo, su divergencia resulta de la autoregulación que caracteriza a la RSE, que viene acompañada de una rendición de cuentas<sup>49</sup> a la sociedad —compuesta esencialmente por la imposición de estándares en los procesos, transparencia y divulgación de información al público—, la cual no es de manera general legalmente exigible y por tanto se caracteriza por ser exclusivamente informativa.<sup>50</sup> Por su parte,

---

<sup>48</sup> Para Morgera, la gobernanza corporativa es un proceso interno dentro de una entidad empresarial para responder a las expectativas sociales relativas a su conducta y acciones, tanto en el campo ambiental como en el de los derechos humanos. *Vid.* Morgera, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 22. "...la Gobernanza Global... supuestamente involucra mecanismos de autorregulación y considera las especificaciones de un sistema económico funcional y los límites del control externo." Hefendehl, R., "Addressing White Collar Crime on a Domestic Level. Any Lessons Learned for International Criminal Law?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, p. 774. *Cfr.* Cioffi, J.W., *Public Law and Private Power. Corporate Governance Reform in the Age of Finance Capitalism*, Ithaca, Cornell University Press, 2010.

<sup>49</sup> Lo que en Inglés se ha denominado *corporate accountability*.

<sup>50</sup> De tal autorregulación surge la crítica del voluntarismo. "El peligro del voluntarismo es igualmente la transformación del derecho duro [positivo] en "soft law" [derecho no vinculante], de presentar como voluntario o facultativo lo que es un imperativo jurídico. Dicho de otra forma, el voluntarismo no debe poner en tela de juicio o diluir la obligación, sino reforzarla y ampliarla..." *Vid.* Decaux E., "Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales" en Daugareilh I. (Ed.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruselas, Bruylant, 2010, p. 470. Algunos autores, verbigracia Gossling, señalan sin embargo que la exigibilidad u obligatoriedad no se encuentra en duda, es decir, que la responsabilidad social empresarial no es voluntaria, aludiendo a cuatro razones: la necesidad de responsabilidad para la supervivencia de la humanidad, el

la REDH ha tenido como principal impulsor a la sociedad civil y a las organizaciones no gubernamentales, quienes reclaman que a través del Estado (ya sea el Estado de origen o el Estado receptor de la inversión), por medio de mecanismos judiciales y de solución de controversias, intente garantizar los derechos humanos y su cumplimiento, así como la reparación de los daños ocasionados por el accionar de las empresas.

Si se considera que la responsabilidad social empresarial es una práctica utilizada públicamente, que en principio señala la adopción de medidas gerenciales internas para cumplir con las demandas sociales en temas ambientales y de derechos humanos, se podría llegar a pensar que cualquier violación o daño que ocurra, a pesar de la existencia de esas políticas de prevención, podrían entrañar la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. Esa responsabilidad podría establecerse si se comprobase que existió una negligencia, lo cual podría dar lugar directamente a un deber de reparación de los daños ocasionados.

A pesar de dichas divergencias en cuanto a su propósito ulterior, ambos marcos de regulación —si así puede llamárseles— son complementarios, y por ello necesitan uno del otro. Considerando lo anterior, resulta menester que ambas tendencias se continúen desarrollando de manera paralela, ya que de esta manera no sólo se crea una conciencia y cultura social corporativa, sino también un parámetro en torno a las obligaciones jurídicas que las empresas, transnacionales o locales, tienen en el ámbito de los derechos humanos. Es claro para la doctrina en la materia que un clima de estabilidad legal, en el que el imperio de la ley y el Estado de derecho estén por encima de los intereses privados, satisface y permite un mejor funcionamiento de

---

deber moral de la responsabilidad por las acciones propias, la exigencia social por la responsabilidad y sustentabilidad, y la presión del mercado como factor determinante del éxito. “Por tanto, la RSE no se trata de acciones voluntarias o benévolas, sino de decisiones de negocios racionales.” *Vid.* Gossling, T., *op. cit.*, p. 124.

las empresas, al regular efectivamente ámbitos como la competencia económica y las obligaciones legales que tienen dichas sociedades. Por ello, las empresas se verán favorecidas en un entorno en el que el cumplimiento de los derechos humanos sea la norma, y no la excepción.

#### IV. LAS APORTACIONES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS, SU CRÍTICA Y CONTRASTE CON LAS NORMAS DE LA SUBCOMISIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS COMERCIALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, de los cuales ya hemos mencionado brevemente su desarrollo, son el resultado del trabajo de análisis, encuesta y consulta de John Ruggie sobre el tema con el sector empresarial, estatal, académico, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales. Fueron bien recibidos de manera general por el sector diplomático y empresarial, aunque criticados tanto por la academia como por varias ONG a nivel internacional.

Por lo anterior, debemos analizar cuáles fueron las principales aportaciones de los Principios Rectores de Ruggie al tema. Este conjunto de principios tiene la virtud de haber intentado agrupar, en un solo documento, la experiencia internacional y las exigencias dirigidas a las empresas en distintas áreas de la industria y los servicios. Al no buscar crear nuevas normas o destinatarios del derecho internacional de los derechos humanos,<sup>51</sup> únicamente enfocaron su aplica-

---

<sup>51</sup> “Al presentar sus Principios Rectores al Consejo en junio de 2011, Ruggie declaró que “la contribución normativa de [l]os Principios Rectores no se encuentra en la creación de nuevas obligaciones de derecho internacional, sino en la elaboración de las implicaciones de los estándares y prácticas existentes para los Estados y las empresas; integrarlos en una plataforma única, lógicamente coherente y comprensiva; e identificar las limitaciones del régimen

ción en el ámbito empresarial, de manera que se adopte y desarrolle una conciencia corporativa a nivel global sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito, sin implicar con ello obligaciones jurídicas específicas, que es una de las medidas que polarizaron ampliamente el debate en torno a las obligaciones empresariales en derechos humanos desde el inicio de la discusión en los años setenta. De tal manera, debe aplaudirse la codificación de medidas y sugerencias para lograr la puesta en práctica de las obligaciones empresariales —en la especie, a través de la “responsabilidad de respetar los derechos humanos”-, correspondientes en tanto que “órganos de la sociedad”, ya que permite dar un primer paso en torno a su identificación, y esperamos que, por consecuencia, para su futura ejecución y control.<sup>52</sup>

De la misma manera, el hecho de que sea un catálogo general y amplio en torno al papel que tanto el Estado como las empresas juegan en el respeto de los derechos humanos tiene ventajas y desventajas. De las primeras, debemos remarcar la trascendencia de que, por su carácter general, son aplicables a todo tipo de empresas, independientemente de su área de trabajo, tamaño o ubicación; su carácter general les otorga una posibilidad de aplicación o adopción potencialmente extendida, por lo que empresas de todos los ramos y sectores pueden adherirse a ellas y aplicarlas en sus operaciones. Sin embargo, esa misma generalidad permite que haya huecos en relación a ciertos sectores industriales y de servicios, que a través de sus actividades podrían violentar los derechos humanos, situación que po-

---

actual y cómo podría mejorarse.” Véase *The U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights...*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>52</sup> “...los Principios Rectores no sólo engloban algunas normas de derechos humanos que son vinculantes para las empresas conforme al derecho nacional o internacional, sino que también resaltan lo que las empresas deberían estar haciendo en tanto que ciudadanos corporativos responsables.” *Vid.* Deva, S., “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies”, *European Company Law*, vol. 9, 2012, p. 105.

dría ser aprovechada por las empresas en el ramo para evadir incluso sus mínimas obligaciones en torno a los derechos fundamentales.

En sí, la principal aportación que consideramos se obtuvo a través de la articulación de los Principios Rectores fue la participación, involucramiento y “consenso” entre las diferentes partes interesadas,<sup>53</sup> principalmente de las empresas y diversos Estados industrializados, quienes por primera vez apoyaron un proyecto de las Naciones Unidas en torno a la responsabilidad de las empresas en derecho internacional. Por ello, los Principios Rectores de Ruggie son un primer paso que debe aplaudirse precisamente por su carácter inicial, sin dejar de tomar en cuenta que es apenas el comienzo de una nueva fase en la que se espera se configuren nuevas realidades en el derecho internacional de los derechos humanos,<sup>54</sup> que busquen regular la realidad internacional existente, y dejen de lado paradigmas que, si bien continúan siendo aplicables en la actualidad —como lo es la responsabilidad primaria de los Estados por garantizar los derechos humanos—, ya no son campos exclusivamente restringidos a esa noción westfaliana como lo fueron hasta hace algunas décadas.

No obstante, y a pesar de ser el primer intento aprobado por las Naciones Unidas en el tema de las empresas y los derechos humanos, las críticas tanto al marco conceptual “Proteger, respetar y remediar” como a los Principios Rectores han sido diversas. Para comenzar, una de las principales críticas ha sido la perspectiva estrecha que tuvo Ruggie en torno a los derechos humanos “mínimos” que *deben* respetar las corporaciones transnacionales, señalando como tales la *Carta In-*

---

<sup>53</sup> Algunos autores, sin embargo, opinan lo contrario. “Si bien los promotores de los derechos humanos deberían ser sensibles a las dificultades inherentes a obtener un consenso global, el marco de Ruggie va muy lejos al sacrificar principios con el objetivo de obtener acuerdos.” Bilchitz, D., “The Ruggie Framework: An Adequate Rubric for Corporate Human Rights Obligations?”, *SUR-International Journal on Human Rights*, vol. 7, n° 12, 2010, p. 200.

<sup>54</sup> Deva, S., *op. cit.*, p. 102. El autor explica que en realidad, los Principios Rectores no deben ser vistos como el primer intento de establecer responsabilidades para las empresas en materia de derechos humanos, ni tampoco como el pronunciamiento final sobre el tema.

*ternacional de los Derechos Humanos*<sup>55</sup> y la *Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* de la Organización Internacional del Trabajo. La principal problemática se centra en que, si bien dichos instrumentos internacionales de derechos humanos son fundamentales, el Representante Especial no pareció tomar en cuenta el derecho internacional público y sus fuentes, que son igualmente obligatorias. Por tanto, al enunciar exclusivamente dichos instrumentos, deja de lado la costumbre internacional —a la vez importante, en virtud de constituir normas aceptadas a nivel global como jurídicamente vinculantes en todo momento— o las normas de *jus cogens* (a su vez imperativas e inderogables).<sup>56</sup> Así, al no señalar la necesidad de que las empresas respeten las decisiones relevantes de derecho penal internacional, por ejemplo, desconoce el alcance que dicha rama jurídica tiene en torno a las corporaciones, así como el avance de la materia en torno a la criminalidad, culpabilidad e imputabilidad de que pueden ser objeto las personas morales.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Que, como ya se mencionó con antelación, comprende la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

<sup>56</sup> “Cuando el Profesor Ruggie habla de la obligación de proteger que corresponde al Estado, parece tener una visión muy estrecha del marco de referencia del derecho internacional público, al no contemplar más que los tratados ratificados por un Estado determinado. Sin embargo, el Estado también se encuentra obligado por el derecho internacional general, comenzando por las normas consuetudinarias que se han desarrollado en las diferentes ramas del derecho... Aún más, este marco internacional se prolonga en el derecho interno, con la obligación de implementación, en donde la ausencia de legislación apropiada constituye una falta del Estado.” *Vid.* Decaux E., “Le projet...”, *op. cit.*, nota 43, p. 473. A manera de ejemplo, véase Nerlich, V., “Core Crimes and Transnational Business Corporations”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, p. 899.

<sup>57</sup> “...el Representante Especial del Secretario General [hizo una] recomendación al Consejo de Derechos Humanos sobre desarrollar un proceso para clarificar las obligaciones jurídicas de las entidades empresariales en torno a la no comisión de crímenes internacionales... Ya existe un reconocimiento global de que los actores corporativos tienen obligaciones conforme al derecho internacional para no cometer crímenes internacionales, y que por tanto pueden incurrir en responsabilidad penal por complicidad en, o la comisión de violaciones graves de derechos humanos que puedan constituir tales crímenes.” Véase Simons,

De la misma manera, los Principios Rectores son un ejercicio de voluntarismo. Si bien, la creación de derecho internacional positivo no hubiera tenido la misma facilidad ni involucramiento de las partes interesadas,<sup>58</sup> la adopción de una postura de *soft law* en el tema no hace más que perpetuar la imagen de que las empresas no tienen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos, y por tanto, que éstos no les pueden ser exigidos. Las obligaciones en materia de derechos humanos son vinculantes para todos los actores en la sociedad, sean individuos, actores no estatales o entidades gubernamentales; por ello, las iniciativas de derecho no vinculante deben ser complementarias a los estándares obligatorios derivados directamente del derecho internacional, y en muchas ocasiones, directamente también de los sistemas jurídicos internos.

El hecho de que los Principios Rectores se hayan mantenido en la esfera voluntaria sin duda contribuye a mantener la ilusión de que las empresas pueden “escapar” de la obligación de cumplimiento de las normas de derechos humanos que les resulten aplicables, cuando en muchas otras áreas, incluyendo en el derecho penal internacional, se les reconoce una personalidad jurídica internacional, y por tanto la capacidad de llevar a cabo conductas criminales, con la consecuente posibilidad de ser destinatario de una sanción jurídica.<sup>59</sup>

---

P., “International law’s invisible hand and the future of corporate accountability for violations of human rights”, *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 3, No. 1, 2012, pp. 5, 42.

<sup>58</sup> “Para Ruggie, la lentitud de las negociaciones internacionales, el riesgo de que tal proceso podría debilitar las medidas a corto plazo para elevar los estándares corporativos en materia de derechos humanos, así como el problema sobre la forma de ejecución de tales obligaciones, fueron razones importantes para no recomendar la negociación y adopción de un tratado que impondría obligaciones jurídicas internacionales a los actores corporativos.” *Ibid*, pp. 13-14.

<sup>59</sup> En ese sentido, véase O’Reilly, J.T. et al., *Punishing Corporate Crime: Legal Penalties for Criminal and Regulatory Violations*, Oxford, Oxford University Press, 2009, así como Kremnitzer, M., “A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, pp. 909-918.

Esta situación es, desde nuestra perspectiva, la principal falla del marco conceptual y de los principios de Ruggie: si bien sus propuestas son un primer paso a nivel internacional en el tema, el no haber abordado la problemática desde la perspectiva exigida desde hace décadas no hace más que mantener la incertidumbre jurídica en torno a la responsabilidad internacional de las empresas en materia de derechos humanos, así como mantener el *status quo* que tanto les beneficia, al no ser destinatarios directos de las normas internacionales de derechos humanos, al no existir posibilidades de exigirles su cumplimiento, y al continuar permitiéndoles su participación en las negociaciones y los negocios internacionales sin tomar en consideración la trascendencia (tanto positiva como negativa) de sus inversiones —desde una perspectiva de derechos humanos— en la calidad de vida de las sociedades en que trabajan.<sup>60</sup> Es decir, al mantener su comportamiento y responsabilidad jurídica en una laguna del derecho internacional.

En tercer lugar, debemos señalar que una de las principales características de los Principios Rectores y del Marco conceptual “Proteger, respetar y remediar” fue su vaguedad —lo cual se disfraza en ocasiones en su discurso de corte general, diseñado para ser aplicable a todo tipo de empresas. La falta de especificidad, dirección o consejos en torno a la aplicación u operatividad de los principios contenidos en ambos instrumentos<sup>61</sup> deja a la deriva la actuación de las empresas —e igualmente de los Estados en diversos principios—, generando a su vez una singular situación: que cada empresa resuelva la manera de internalizar las recomendaciones de Ruggie. Por tanto, no se propone una cohesión pragmática, lo cual dificulta e incluso disminuye el carácter de lo que podrían constituir parámetros de seguimien-

---

<sup>60</sup> *Vid.* Simons, P., *op. cit.*, p. 38.

<sup>61</sup> “...la flexibilidad intencional de los Principios Rectores ha tenido como resultado que no ofrecen una dirección concreta a las empresas para determinar sus responsabilidades en torno a los derechos humanos.” Véase Deva, S., *op. cit.*, p. 105.

to en torno a la actuación de las empresas sobre sus responsabilidades de respeto a los derechos humanos.<sup>62</sup>

Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos no detallan ni dan indicaciones en torno a la aplicación empresarial de los estándares de ninguno de los aproximadamente 38 derechos humanos contenidos en los instrumentos mínimos que propone Ruggie como bases de respeto para las empresas, ni clarifican la manera en que los Estados y sus gobiernos deben regular las actividades de las corporaciones. De la misma forma, no proveen indicaciones sobre la jerarquía existente entre las políticas económicas o de desarrollo, y las políticas de los Estados en derechos humanos, dejando con ello una interesante cuestión por resolver entre el balance y la primacía de los intereses sociales que debe existir en los países, esencialmente en aquellos en vías de desarrollo.

Asimismo, debemos señalar una situación por demás interesante: los instrumentos internacionales de derechos humanos que Ruggie recomienda como mínimos fueron desarrollados en una época en que la tesis westfaliana del derecho internacional público continuaba imperando; por lo tanto, los únicos actores internacionales eran los Estados. Sin embargo, al recomendar a las empresas que respeten dichos derechos, surge una barrera interesante, y aún más si se considera que el Representante Especial no se pronunció ni aclaró el alcance que dichas normas tendrían en su aplicación para las empresas: ¿En qué forma deben aplicar las empresas un conjunto de normas de derechos humanos que, a todas luces, están directamente diseñados para ser cumplidas por los Estados?

Si la promoción de un marco voluntario fue posiblemente una de las mayores debilidades de las propuestas de Ruggie, la falta de

---

<sup>62</sup> A pesar de lo anterior, y de la falta de certeza en torno a la eficacia de los Principios Rectores, algunos consideran que la propuesta es aplaudible por reconocer la necesidad de utilizar múltiples estrategias y mecanismos de implementación para responsabilizar a las empresas transnacionales por los abusos cometidos en el área de los derechos humanos. *Ibid.*, p. 104.

especificidad en torno a la forma de aplicar sus propuestas, tanto por los Estados como por las empresas, constituye un obstáculo aún más importante que tendrá que ser resuelto posteriormente por el Grupo de Trabajo, apoyado por el impulso de los constantes debates académicos en torno al tema.

Otra de las dificultades con que se enfrentan los Principios Rectores es con la falta de consagración y configuración de uno de los principales derechos humanos: el derecho a un recurso efectivo. Ruggie, al presentar sus propuestas al Consejo de Derechos Humanos, fue innovador al llevar el debate sobre las empresas y los derechos humanos al campo de las reparaciones, indicando que las empresas deben remediar cualquier daño o impacto adverso ocasionado por sus operaciones. No obstante, al manifestar lo anterior sin especificar formas particulares para lograr su cumplimiento, la contribución se mantiene como una aspiración en vez de una posibilidad jurídica para reparar los daños ocasionados. De la misma manera, la falta de establecimiento de un mecanismo de seguimiento a la implementación de los Principios Rectores en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tanto por los Estados como por las empresas, es una limitante, que contribuye a la ausencia de una supervisión efectiva, y con ello, a la inexistencia de un recurso jurídico a nivel internacional para controlar la actividad empresarial.<sup>63</sup>

La crítica hacia las propuestas de Ruggie también se centró en otras situaciones, como la falta de aproximación a la situación de la

---

<sup>63</sup> “[en torno a las razones por las que pensaron que es difícil alentar a las multinacionales a generar avances en el área de los derechos humanos, los] Funcionarios citaron la inexistencia de un marco jurídico internacional; la ausencia de un órgano internacionalmente reconocido para dar seguimiento a las violaciones; la falta de información entre los Estados y la disparidad en el área, resultando en leyes y reglamentos nacionales con diferencias profundas entre sí.” *Vid.* Aaronson S. y Higham I., “Re-righting business’: John Ruggie and the struggle to develop international human rights standards for transnational firms”, *Working Paper Series*, George Washington University-Elliott School and Graduate School of Business, 2011, p. 19.

aplicación extraterritorial de normas internas de derechos humanos por parte de los Estados;<sup>64</sup> la falta de claridad en torno a las obligaciones de control existentes para los Estados donde se constituyeron las sociedades transnacionales —es decir, el control extraterritorial mencionado en la línea precedente— y para aquéllos en dónde éstas operan; la situación de Estados que no puedan o quieran perseguir a las empresas por violaciones a los derechos fundamentales —similar a la situación existente en derecho penal internacional, que muchas veces se sobrepone con la de derechos humanos—; el carácter transnacional de las empresas y su habilidad para configurar mecanismos corporativos que les permiten evadir su responsabilidad a través de las fronteras jurisdiccionales, o a la falta de consideración respecto a la posible responsabilidad civil o penal de los directivos empresariales. Sobra mencionar la ausencia de una recomendación específica al Consejo de Derechos Humanos de, en el futuro y en la medida de lo posible, desarrollar obligaciones jurídicas para las empresas en materia de derechos humanos.<sup>65</sup>

A pesar de las ventajas y críticas que sucedieron a las propuestas del Representante Especial, los Principios Rectores son sin lugar a dudas un elemento de valor para la discusión a nivel internacional en torno a la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. Debe señalarse con beneplácito el importante logro de haber reunido a participantes de las diferentes esferas internacionales, y sobre todo, de haber convencido a la comunidad empresarial de, por lo menos en el papel, respetar los derechos humanos, así como de la aceptación general de establecer prácticas de diligencia debida en las

---

<sup>64</sup> Según Aaronson y Higham, uno de los principales obstáculos que enfrentan los Principios Rectores es la falta de disposiciones en torno a la regulación extraterritorial de las empresas, por lo que se contravendría el principio de protección que corresponde al Estado. *Ibidem*.

<sup>65</sup> A pesar de haber estado dentro de su mandato, Ruggie no buscó elaborar obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos para las empresas, ni recomendó como parte de la estrategia de Naciones Unidas en torno a esta situación el desarrollo de obligaciones jurídicas internacionales. *Vid. Simons, P., op. cit.*, pp. 9-10.

operaciones empresariales y en las cadenas de suministro. Asimismo, debe reconocerse la visión del Profesor Ruggie en torno a la manera de lograr algún avance en un tema que llevaba estancado desde la década de 1970, a pesar de las limitaciones que aparecieron en sus propuestas finales.

Por otra parte, el haber descartado de entrada las Normas de la Subcomisión, y aún más, el señalarlas como una distracción, no parece haber sido una decisión acertada. Claramente existe una marcada distancia del proyecto de Ruggie con las Normas de la Subcomisión y con el Pacto Mundial; las Normas, como ya se mencionó, intentaron hacer lo que Ruggie decidió evitar: el determinar un conjunto de derechos humanos y la forma en que las empresas debían respetarlos. Por tanto, volvemos a la dualidad mencionada con antelación, a la dicotomía regulatoria: una aproximación *voluntaria*, en este caso propuesta por John Ruggie a través de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, en el que las empresas son invitadas a respetar ciertos derechos humanos, y el último intento internacional por establecer un control jurisdiccional en torno a las actividades de las empresas, el enfoque de *regulación*, a través de las Normas de la Subcomisión sobre la responsabilidad en materia de derechos humanos de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, con el que se buscó crear un marco jurídico obligatorio que ampliaba la responsabilidad respecto al cumplimiento de las prerrogativas fundamentales.

## V. POSIBILIDADES ACTUALES Y FUTURAS EN TORNO A LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA CORPORATIVA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Tomando en consideración el avance principalmente no vinculante respecto a las obligaciones empresariales en torno a los derechos hu-

manos y la dificultad de negociar un instrumento multilateral que constriña jurídicamente a las empresas, es claro que deben explorarse opciones alternativas para lograr una mayor responsabilidad jurídica corporativa; es decir, deben perfeccionarse las opciones existentes en la actualidad, si es que se pretende vincular a los derechos humanos como una de las obligaciones que tienen las sociedades comerciales.

A nuestro entender, existen esencialmente tres vías jurídicas principales para lograr lo anterior, y dos posibles opciones para el futuro si se logra crear un consenso interestatal que permita reformar el sistema actual o crear nuevas instituciones judiciales internacionales que puedan tener jurisdicción sobre las empresas. De forma breve se analizarán, en dos apartados distintos, las posibilidades actuales y futuras.

### *1. Posibilidades actuales para regular jurídicamente las violaciones corporativas de derechos humanos*

La regulación jurídica continúa siendo —como lo ha manifestado el Representante Especial sobre las Empresas y los Derechos Humanos— una función principalmente estatal, aunque con algunas excepciones que comienzan a romper con el esquema tradicional de dicha faceta de la soberanía. Así, se han configurado jurisdicciones supranacionales y casuísticas<sup>66</sup> que pueden regular situaciones jurídicas ocurridas a nivel interno, constituyendo un recurso excepcional que se adiciona a los existentes en los marcos jurídicos estatales.

Por tanto, existen actualmente diversas jurisdicciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, podrían tener competencia para conocer de eventuales situaciones que pudieran vulnerar los derechos fundamentales de las personas o grupos particulares.

---

<sup>66</sup> Como es el caso de los tribunales arbitrales, cuyo análisis se efectuará más adelante.

Las jurisdicciones nacionales son, en primera instancia, las facultadas para conocer de cualquier violación de derechos humanos. Así, se abren dos posibilidades para regular a las empresas que caen en tal situación: que dicho control jurídico sea llevado a cabo por el Estado donde se encuentra el domicilio social de una empresa determinada (*Home State*), o bien, que el mismo se haga por el Estado que recibe una inversión de la empresa matriz (*Host State*),<sup>67</sup> independientemente de que pudieran crearse entidades jurídicas que tengan la nacionalidad del Estado receptor.<sup>68</sup> Usualmente será más factible, confiable y sencillo que las investigaciones y procedimientos judiciales se lleven a cabo en el lugar donde suceda la violación de derechos humanos (por lo general en el Estado receptor), debido a la proximidad de los hechos y las pruebas que podrían apoyar los alegatos presentados por

---

<sup>67</sup> “Las obligaciones positivas para tratar una mala conducta corporativa corresponden principalmente al Estado receptor, ya que las violaciones se cometen en su territorio, y en una menor medida en la del estado de origen de la corporación...” *Vid.* Van den Herik, L. y Letnar Cernic, J., “Regulating Corporations Under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, p. 728.

<sup>68</sup> Lo anterior supone enfrentarse al problema del levantamiento del velo corporativo (“*piercing the corporate veil*”, en Inglés), que implica que la personalidad jurídica separada de una filial y su matriz, dentro de un consorcio empresarial multinacional, supone la imposibilidad jurídica de imputar una responsabilidad directa a la matriz por los actos de la filial, salvo que se compruebe que hubo una influencia directa de la primera en las decisiones de la segunda, o bien, que la segunda haya sido —como lo es materialmente en muchos casos— un instrumento de ejecución de órdenes de la primera. Véase sobre el tema De Schutter O., “La responsabilité des États...”, *op. cit.*, pp. 27, 44-51; McCorquodale, R. y Simons, P., “Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law”, *Modern Law Review*, vol. 70, n° 4, 2007. Lo anterior, sin embargo, comienza a ser rebatido, como se ha visto en el caso *Chandler v. Cape plc* (2011 EWHC 951 (QB)), en donde el sistema judicial británico condenó a la empresa matriz, Cape plc, a indemnizar a David Brian Chandler como consecuencia de haber contraído asbestosis, resultado de sus labores entre 1959 y 1961 para Cape Building Products Ltd, una empresa subsidiaria de Cape plc que dejó de existir. Ello, por tanto, constituye una decisión histórica que podría tener importantes repercusiones a nivel mundial, como precedente judicial para demandar la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos.

las partes; no obstante ello, uno de los principales problemas señalados ha sido la imposibilidad o falta de voluntad de los Estados para actuar jurídicamente contra las empresas responsables de cualquier situación en detrimento a los derechos fundamentales,<sup>69</sup> como resultado de la necesidad de mantenerse como un lugar atractivo para la inversión extranjera, o bien en virtud de la existencia de faltas de gobernabilidad o de un Estado de derecho efectivo.

Por tanto, existe un llamado constante a la creación o reforzamiento de normas jurídicas que puedan tener efectos extraterritoriales, de manera que se regule jurídicamente la actuación de las empresas fuera de su Estado de constitución o incorporación, con la finalidad de que se cumpla cabalmente con las obligaciones existentes en su Estado de origen —tanto las leyes nacionales como los compromisos internacionales a los que se ha sujetado el Estado—, so pena de enfrentar procedimientos judiciales en su propio territorio por actos cometidos fuera de él, e incluso por subsidiarias extranjeras.

Desafortunadamente, la opción de la extraterritorialidad continúa siendo un tema ampliamente debatido y controversial, cuya aplicación tiene matices tanto políticos como económicos, a la vez que necesita de un margen importante de cooperación jurídica internacional. Debido a la dificultad que ello puede representar, se debe continuar contemplando la posibilidad de acceder a los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos.

En este ámbito, deben tenerse principalmente en cuenta los dos sistemas jurídicos establecidos: la Corte Europea de Derechos Humanos, o el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (que comprende tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Ambas instituciones, al tener

---

<sup>69</sup> En materia penal, esa posibilidad es uno de los argumentos para brindar competencia a la Corte Penal Internacional para perseguir a personas físicas por la comisión de graves crímenes internacionales.

como función exclusiva la protección supranacional de los derechos humanos, pueden teóricamente tener una mejor posición para determinar la existencia de violaciones a los derechos fundamentales y, en todo caso, imputar responsabilidad por alguna violación ocurrida.

A pesar de ello, la jurisprudencia de ambas instituciones no ha trascendido de manera que se desarrolle una doctrina que permita imputar violaciones de derechos humanos a actores no estatales. Así, en contados casos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ciertas empresas han resultado co-partícipes en las violaciones de derechos cometidas por los Estados en donde operan,<sup>70</sup> lo cual ha sido la más cercana aproximación al problema de la responsabilidad corporativa. Ni la Corte Interamericana ni la Corte Europea de Derechos Humanos han optado por dicha posición, apeándose a la doctrina de responsabilidad internacional del Estado por omisión.<sup>71</sup> Sin embargo, dicha posición no hace más que favorecer la permanencia del régimen actual, en el que los Estados siguen teniendo la responsabilidad única por situaciones en que se transgredan las garantías fundamentales del ser humano: ya sea por acción, o en este tipo de casos, por omisión, los Estados tienen el deber de regular

---

<sup>70</sup> Lo anterior fue señalado en el Informe sobre la situación de derechos humanos en el Ecuador, del año 2007, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde manifestó que diversas empresas petroleras eran co-responsables junto al Estado por las violaciones a los derechos humanos ocasionadas, incluyendo la violación del derecho al medio ambiente sano. Véase Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser.L/V/III/96, doc. 10, rev. 1, del 24 de abril de 1997.

<sup>71</sup> Así lo han señalado ambas instituciones: la Corte Europea de Derechos Humanos lo ha manifestado en los casos *Guerra et al. v. Italy* (14967/89, de Febrero 19 de 1998) o *López Ostra et al. v. Spain* (16798/90, de Diciembre 9 de 1994), en las que encontró culpable al Estado por las actuaciones de empresas privadas actuando bajo su jurisdicción, debido a la falta de precaución y diligencia por parte del Estado; por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho lo propio en los casos *Ximenes Lopes vs. Brasil* (Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149) y *Albán Cornejo vs. Ecuador* (Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171).

las actividades de todos aquéllos que se encuentren bajo su jurisdicción, incluyendo a las sociedades comerciales. Por tanto, al no cumplir con su deber de proteger a los individuos de los actos nocivos de dichas personas morales, cometen asimismo una falta a su responsabilidad internacional de protección de los derechos humanos, por su ineficaz garantía para prevenir dichas transgresiones.

La anterior situación, desde luego, nos conduce a uno de los tres pilares de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Ruggie, quien ha perpetuado a través del resultado de su mandato la característica clásica del derecho internacional público: que sólo los Estados tienen una personalidad jurídica original, y que los actores no estatales aspiran únicamente a tener una personalidad derivada o secundaria. Así, tanto la práctica latinoamericana como europea continúan señalando que en el plano internacional, únicamente los Estados tienen responsabilidad jurídica por violaciones de derechos humanos, y que la actuación de los actores privados, en todo caso, generará una responsabilidad del Estado por no regular y fiscalizar adecuadamente a las personas privadas que actúan bajo su jurisdicción.

El debate jurídico en torno a la personalidad —y con ello, la probable responsabilidad— de actores no estatales continúa, estando en el límite entre el derecho público y el privado.<sup>72</sup> Debido a ello, el argumento de que no sólo los Estados y las organizaciones intergubernamentales deben continuar gozando de una personalidad jurídica internacional, sino que ésta debe extenderse a las corporaciones trans-

---

<sup>72</sup> A este respecto, véase Dumberry, P., “L’entreprise, sujet de Droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements”, *Revue Générale de Droit International Public*, N° 1, 2004 ; Dumberry, P. y Labelle-Eastaugh, É., “Non-State Actors in International Investment Law. The Legal Personality of Corporations and NGOs in the Context of Investor-State Arbitration”, en D’Aspremont, J. (Ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Abingdon, Routledge, 2011.

nacionales, se ha mantenido. Lo anterior sucede debido al incremento, desde hace algunas décadas, de los contratos de inversión que ocurren entre Estados y empresas, o bien a los Tratados Bilaterales de Inversión<sup>73</sup> (*BIT*, por sus siglas en inglés) y sus métodos alternos para la solución de conflictos, especialmente del arbitraje internacional en materia de inversión.

Si bien las jurisdicciones nacionales en ocasiones no son capaces de regular adecuadamente, ni de llevar a juicio a las empresas por sus acciones que transgreden los derechos humanos, y los mecanismos regionales de derechos humanos no han optado por señalar como responsable directo de dichas violaciones a las empresas,<sup>74</sup> los tribunales de arbitraje podrían convertirse en el futuro en una posible vía en la que situaciones que involucren una responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos podrían dirimirse.<sup>75</sup> No obstante, el hecho de que los tribunales de arbitraje tengan como competencia material exclusivamente la interpretación y regulación jurídica en torno a acuerdos de inversión, dificulta la probabilidad de que tal realidad se concrete.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> “La negociación de un BIT crea una oportunidad de incluir no solamente disposiciones que se refieran al espacio de las políticas, sino que proactivamente mejoren la capacidad regulatoria del Estado receptor.” Véase Simons, P., *op. cit.*, p. 18.

<sup>74</sup> Al respecto, véase Nikken, P., “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, en Dupuy, P.M., Petersmann, E.U. y Francioni, F. (Eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009. En él, el autor expone la primacía que para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos han tenido los derechos humanos ante los derechos derivados de las inversiones internacionales, a pesar de que la afectación de éstas también podrían constituir transgresiones a los derechos fundamentales.

<sup>75</sup> Para una discusión en torno a la complementariedad que puede existir entre arbitraje de inversión y derechos humanos, esencialmente apoyando la idea de que el arbitraje y los tratados bilaterales de inversión no necesariamente debilitan los derechos humanos, véase Fry, J. D., “International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 18, 2007.

<sup>76</sup> Debe recordarse que la competencia material de un tribunal arbitral en torno a violaciones a derechos humanos relacionados con la inversión dependerá estrictamente de la cláusula atributiva de jurisdicción. Véase Reiner, C. y Schreuer, C., “Human Rights and Internatio-

A pesar de ello, y de que en la práctica, los árbitros internacionales tienden a tener una mayor experiencia y conocimiento del derecho privado<sup>77</sup> —y no necesariamente del derecho internacional público, en el que se encuentra enmarcado el derecho internacional de los derechos humanos—, lentamente se han ido considerando en los laudos arbitrales los argumentos esgrimidos por los Estados en los que escudan sus acciones<sup>78</sup> —que en la especie podrían constituir atentados contra los derechos de los inversionistas— en su soberano derecho de regulación en el ámbito interno frente a posibles amenazas a los derechos humanos, que serían resultado de las acciones de las empresas.<sup>79</sup>

De tal forma, si los argumentos estatales que buscan justificar la afectación a los derechos de los inversionistas por contravención o intromisión en los poderes y actos de regulación del Estado comienzan a tener un mayor peso en las decisiones de los árbitros internacionales, podríamos encontrarnos ante la posibilidad de desarrollo de una nueva herramienta jurídica que podría resultar más eficaz para con-

---

nal Investment Arbitration”, en Dupuy, P.M., Petersmann, E.U. y Francioni, F. (Eds.), *op. cit.*, p. 83. Alvarez, J.E., *The Public International Law Regime Governing International Investment*, La Haya, The Hague Academy of International Law/Brill, 2011, pp. 454-455.

<sup>77</sup> “...las esperanzas de tener un régimen internacional de inversiones más sensible a los derechos humanos se encuentran precisamente en la identidad profesional de los árbitros internacionales involucrados, quienes a través del tiempo, se verán progresivamente como agentes de la comunidad internacional y no sólo como agentes para la resolución de conflictos.” Ídem, p. 454.

<sup>78</sup> Los Estados han basado su defensa, en algunas ocasiones, en argumentos derivados de la protección de los derechos humanos, a fin de justificar medidas que tengan efectos adversos en la inversión, esgrimiendo que el trato dado a un inversionista fue en cumplimiento o debido a la necesidad de proteger sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. *Vid.* Reiner, C. y Schreuer, C., *op. cit.*, p. 89.

<sup>79</sup> Alvarez, J.E., *op. cit.*, pp. 454-455. En ese mismo sentido, Castillo expresa que la inclusión de los derechos humanos en arbitrajes internacionales obedece a un cambio de paradigma con el que el Estado, para intentar escapar a un laudo arbitral en contra, intenta anteponer la protección de los derechos sociales y de los derechos humanos en general ante un tratado de protección de las inversiones. Véase Castillo, Y., “The Appeal to Human Rights in Arbitration and International Investment Agreements”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, p. 67

trolar —o al menos garantizar una reparación económica a favor de las víctimas y/o del Estado— a las corporaciones transnacionales que hayan sido consideradas culpables de infringir los derechos humanos en un Estado determinado, y con ello, el Estado de derecho, al cual necesariamente deben contribuir en tanto que sujetos bajo la jurisdicción de tal país.

## *2. Posibilidades futuras de regulación jurídica en torno a las violaciones corporativas de derechos humanos*

Dentro de los proyectos jurídicos de mayor envergadura que empiezan a tomar forma en el seno de las instituciones internacionales, encontramos dos que podrían cambiar la regulación jurídica en materia de derechos humanos. El primero de ellos, que ha rondado las negociaciones y la discusión jurídica internacional desde la creación de dicho órgano, es la reforma del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de manera que su jurisdicción se amplíe a las personas morales de derecho privado, es decir, a las empresas. Desde la negociación del Estatuto, dicha idea fue propuesta y eventualmente rechazada,<sup>80</sup> por lo que se esperó que en la revisión del instrumento penal internacional ésta pudiera ser retomada e incluida. Sin embargo, dicha situación no ha florecido, por lo que se deberá esperar nuevamente a otra revisión para que su inclusión sea considerada por las delegaciones nacionales.

La ampliación de la jurisdicción personal de la Corte Penal Internacional podría traer ciertas ventajas, ya que existiría un organismo permanente, con una base jurídica y aceptación cada vez más sólidas, que podría fiscalizar la actuación de personas físicas y morales de manera paralela. No obstante ello, debemos señalar que uno de los po-

---

<sup>80</sup> Vid. Magraw, K., “Universally Liable? Corporate-Complicity Liability under the Principle of Universal Jurisdiction”, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009, p. 464.

sibles problemas sería que el objetivo de los sistemas de protección de los derechos humanos y de los sistemas penales es distinto, puesto que los sistemas penales buscan reprimir o castigar una conducta, en tanto que los de derechos humanos no necesariamente tienen ese fin, sino el de lograr que se otorgue una reparación a las víctimas —aunque desde luego se intente lograr que se evite la repetición de la conducta nociva llevada a cabo por el Estado. No debe obviarse, aún así, que una cantidad importante de los crímenes sobre los que tiene jurisdicción la Corte constituyen a su vez violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, por lo que el argumento del objetivo de ambas áreas del derecho internacional podría ser insuficiente para desvirtuar dicha reforma.

Debido a la inexistencia de un foro permanente en donde podrían juzgarse dichas situaciones, así como a la ocasional falencia de los sistemas regionales para tratar el tema de las empresas, éste ha sido considerado en el proyecto propuesto por Manfred Nowak y Julia Kozma a la Organización de las Naciones Unidas, en relación a la creación de una Corte Mundial de Derechos Humanos. En torno a ello, Nowak y Kozma han propuesto la creación de un organismo multilateral, permanente y de carácter subsidiario, que tenga como objetivo juzgar las violaciones graves de derechos humanos que ocurran en el territorio de los Estados Parte, y que sea la contraparte judicial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de manera que se garantice la existencia de un remedio o recurso judicial efectivo a nivel internacional, ante la eventual imposibilidad o involuntad de los Estados para perseguir las violaciones ocurridas en su territorio.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> “Por mucho, el método más efectivo para implementar el derecho a un remedio efectivo a nivel internacional es el permitir el acceso directo a los titulares de derechos a un tribunal internacional de derechos humanos completamente independiente, con el poder de emitir juicios vinculantes y otorgar reparación adecuada a las víctimas de violaciones de derechos

De esta manera, el objetivo sería crear una contraparte judicial que pueda velar por las reparaciones desde una perspectiva de derecho civil y de derechos humanos, y que complemente a la jurisdicción criminal ya establecida por la Corte Penal Internacional. Los Estados, las organizaciones intergubernamentales y las corporaciones transnacionales estarían sujetas a la jurisdicción de la Corte Mundial de Derechos Humanos, e incluso éstas podrían estarlo aún sin una declaración expresa de reconocimiento de jurisdicción, si el Estado donde tal persona moral opera, o bien donde se encuentra constituida, ha reconocido la competencia de la Corte y ratificado el tratado internacional de derechos humanos cuyo contenido haya sido violado por la empresa.<sup>82</sup> A través de este principio, se podría avanzar en relación a la exigencia de que las empresas deben contribuir, por lo menos, en el respeto de los tratados de derechos humanos que hayan sido ratificados por el Estado sede o por aquél en el que operan.<sup>83</sup>

Así, la creación de dicho organismo contribuiría a complementar —e incluso completar— el marco jurisdiccional de protección de los derechos humanos a nivel internacional, ante la concurrencia de sistemas nacionales,<sup>84</sup> sistemas regionales, organismos internacionales de promoción y protección y ahora un organismo judicial internacional de carácter vinculante.

---

humanos.” *Vid.* Nowak, M. “The Need for a World Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 7, 2007, p. 254.

<sup>82</sup> Artículo 7.3 del Proyecto de Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos.

<sup>83</sup> “La Corte Mundial no sólo estaría en posición de decidir, en una resolución vinculante, si una empresa comercial sujeta a su jurisdicción ha violado algún derecho humano..., sino que también podría proveer la reparación adecuada a la víctima cuyos derechos fueron lesionados.” *Vid.* Nowak, M., *op. cit.*, p. 257.

<sup>84</sup> Los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos, de adoptarse eventualmente el Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos, serían las primeras instancias para analizar los casos en que se alegue existencia de violaciones de derechos fundamentales; conforme al Proyecto de Estatuto, los ordenamientos jurídicos internos se reformarían para crear o modificar el alcance jurídico de sus instituciones nacionales, de manera que pudieran conocer sobre las violaciones, juzgar y en su caso ordenar reparaciones a favor de las víctimas.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

El tema de la responsabilidad jurídica de las empresas en materia de derechos humanos es de vital importancia, en una época en la que los Estados han perdido ese poder absoluto que durante algunas décadas del siglo XX tuvieron y buscaron perpetuar. Las empresas, principalmente las transnacionales, cuentan con vastos recursos que les permiten escapar fácilmente a sus obligaciones jurídicas, por lo que es necesario que se inicie a nivel nacional —y que se continúe a nivel internacional— una discusión en torno a las mejores maneras para regularlas en el ámbito de los derechos humanos, ante la inexistencia de métodos destinados para tal fin a nivel internacional.

Tras los distintos enfoques e intentos por regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la arena internacional —a través de las Normas de la Subcomisión, el Pacto Mundial o el Proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales de la década de 1970-, corresponde ahora al Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales intentar desarrollar los Principios Rectores presentados por John Ruggie ante el Consejo de Derechos Humanos. Del desarrollo de métodos interpretativos y prácticos de implementación dependerá el futuro del debate, ante una creciente tendencia de diversos países por intentar regular las actuaciones de las empresas en algunos sectores industriales en particular.<sup>85</sup>

Como fue señalado por Michael K. Addo, miembro del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas

---

<sup>85</sup> Ejemplo de ello fue el proyecto de ley C-300 de Canadá, con la que se buscaba atender e investigar las alegaciones de violaciones y abusos a los derechos humanos, así como daños al medio ambiente, ocasionado por empresas canadienses del sector minero en sus operaciones en el extranjero.

transnacionales, en la *Discusión de alto nivel sobre el avance del tema de los derechos humanos y las empresas en el Consejo de Derechos Humanos*,<sup>86</sup> los Principios Rectores son la base para explorar las oportunidades futuras para el desarrollo de estándares normativos aplicables a las empresas en materia de prerrogativas humanas, para lo cual deberá interpretarse conjuntamente el marco conceptual de protección, respeto y remedios jurídicos propuesto por el antiguo Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las Empresas Transnacionales. Si bien ya existe alguna jurisprudencia al respecto —específicamente la del Tribunal Militar Internacional tras la Segunda Guerra Mundial—, el desarrollo de estándares internacionales deberá forzosamente tener en consideración al derecho penal internacional como una posible herramienta de punición por los actos antijurídicos que pudieran ser cometidos por las sociedades comerciales. De la misma forma, el surgimiento de nuevas instancias y procedimientos internacionales —incluyendo un uso constante del arbitraje en el área de los derechos humanos, o bien la posibilidad de aparición de instituciones como la descrita Corte Mundial de Derechos Humanos— que ejerzan jurisdicción sobre las sociedades transnacionales constituye una oportunidad latente para lograr un mayor respeto de las prerrogativas humanas.

Sólo de tal manera, con una discusión profunda y seria sobre tal problema de control o regulación jurídica, se podrá dar un paso hacia adelante para lograr una mayor y más efectiva protección de los derechos humanos, ante el surgimiento de un nuevo sujeto jurídico a nivel internacional, que aunque no sea reconocido como tal, en la práctica tiene un poder decisorio en la arena multilateral. Debe te-

---

<sup>86</sup> International Commission of Jurists, “High Level Discussion on Advancing Human Rights and Business in the Human Rights Council: Summary Note of Event”, Evento paralelo a la 20ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, Palais des Nations (Ginebra), 21 de junio de 2012. Disponible en línea en <http://www.icj.org>

nerse en cuenta que tanto para las empresas como para los Estados, el cumplimiento respecto a las obligaciones de derechos humanos es y siempre será un buen negocio.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Para las empresas, el tener un récord inmaculado en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones de respeto a los derechos humanos y al medio ambiente es sinónimo de una mejor imagen ante el mercado; en sentido contrario, cuando una empresa ha transgredido los derechos humanos u ocasionado un daño al medio ambiente —que a su vez tiene repercusiones en los derechos humanos—, como fue el caso de British Petroleum, plc en el accidente del *Deepwater Horizon* en el Golfo de México, dichas acciones pueden repercutir no sólo en sus finanzas, al tener que indemnizar a las víctimas y/o al Estado por los daños ocasionados, sino también en sus operaciones bursátiles y en la opinión pública internacional respecto a la empresa y sus operaciones. *Vid.* Cantú Rivera, H. F., “La protección jurisdiccional de los derechos humanos internacionales en México”, *Separata del Periódico Oficial del Estado de Nuevo León*, n° 7, Enero-Julio 2011, p. 46. En el mismo sentido, el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos por parte de un Estado podría ser un aliciente para atraer la inversión extranjera, en virtud de que ello podría garantizar una mayor estabilidad política y económica, y con ello una mayor seguridad jurídica para la empresa. Por lo tanto, para ambos sujetos jurídicos, el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos podría implicar una mejor imagen hacia el exterior, que redunde en mejores resultados económicos y financieros.

## EXTRATERRITORIALIDAD Y *SOFT LAW*: DESARROLLOS RECIENTES EN MATERIA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS\*

### I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha dicho y debatido sobre la cuestión de la responsabilidad de las empresas<sup>88</sup> en materia de derechos humanos, particularmente a la luz de algunos casos recientes de alto perfil ante los tribunales internos, y de la adopción y expansión en el uso de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos a nivel mundial. Lo anterior lleva a reflexionar si ciertos desarrollos jurídicos y políticos pueden llevar al establecimiento de normas que sean aplicables a las empresas para por lo menos asegurar el respeto a los derechos humanos, y en ciertas instancias, su reparación cuando hayan sido transgredidos.

---

\* *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 2014. Una versión previa de este artículo fue presentada en la *Internacional Conference on Business and Human Rights*, organizada por la Academia Vietnamita de Ciencias Sociales en Hanoi, en junio de 2013; ella apareció en el A.M.D.I. bajo el título *Developments in Extraterritoriality and Soft Law: Towards New Measures to Hold Corporations Accountable for their Human Rights Performance?*

<sup>88</sup> En inglés, los términos “*responsibility*” y “*accountability*” difieren; para una explicación detallada de ambos conceptos en el contexto de la actividad empresarial, véanse Morgera, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 19, 22-23; Bernaz, N., ‘Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?’, *Journal of Business Ethics*, Nov. 2012, p. 2, donde la autora señala que es un concepto que engloba la idea de que aquellos que sean responsables deben responder por las consecuencias de sus actos.

Es necesario contar con nuevas perspectivas para asegurar que el derecho pueda regular efectivamente el fenómeno que la realidad internacional presenta a los derechos humanos, puesto que algunos enfoques clásicos sobre los que descansa el derecho internacional parecen en la actualidad ser insuficientes para abordarlo. Desde esta perspectiva, dos temas parecen ser particularmente difíciles de tratar: la extraterritorialidad y el papel del *soft law*.<sup>89</sup> Ambos temas han sido ampliamente discutidos por la doctrina y por los sistemas judiciales de distintos países, puesto que sus implicaciones a nivel internacional podrían ser profundas.

La cuestión de la extraterritorialidad parece ser particularmente importante, puesto que la soberanía —la base de la era westfaliana del derecho internacional— está en el centro del debate y los Estados han hecho todo lo posible para defender su derecho a no ser sujetos a intervenciones judiciales o de cualquier otro tipo en sus asuntos internos. El caso *Kiobel* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos hizo resaltar esa cuestión específicamente, señalando que los Estados deben ser sumamente cautelosos cuando adjudican casos que no tengan una relación con sus intereses o jurisdicción. Sin embargo, otros ejemplos han mostrado exactamente lo contrario, siempre que otros requisitos sean satisfechos —como el criterio de nacionalidad de las partes, o la inexistencia de un recurso jurídico confiable, que pueda conllevar una denegación de justicia.

Por otra parte, el papel del *soft law* bajo el derecho internacional clásico también ha sido considerado con amplitud. A pesar de que diversos Estados han manifestado su opinión de que el *soft law* constituye simplemente una serie de directrices desprovistas de todo carácter jurídicamente vinculante, algunos elementos en las fuentes clásicas del derecho internacional podrían potencialmente llevar a

---

<sup>89</sup> Harding, M., “Banking on Human Rights”, *The Business and Human Rights Review*, vol. 1, 2013, p. 4.

una reinterpretación de dicha noción. La pregunta que surge es si algunos desarrollos recientes serían suficientes para dar lugar a una revisión de los límites del derecho internacional, o si simplemente constituirán esfuerzos individuales de ciertos Estados que no tendrán un efecto pleno a favor de la promoción y protección de los derechos humanos, especialmente en la cuestión altamente compleja que constituye el tema de las empresas y los derechos humanos.

En ese sentido, este artículo se enfocará ampliamente en la cuestión de si dichos aspectos del derecho internacional, la extraterritorialidad y el *soft law*, pueden contribuir en su respectivo ámbito a fortalecer la causa de los derechos humanos en casos en que las empresas se encuentren involucradas, específicamente cuando hayan contribuido a la generación de impactos negativos en los derechos humanos. Al ser dos áreas distintas del derecho internacional, este artículo debe ser leído desde una aproximación comprensiva, es decir, como desarrollos en dos ámbitos del derecho internacional que pueden contribuir a la protección de los derechos humanos desde una perspectiva holística, y no como un argumento de que el uso de medidas extraterritoriales y el 'endurecimiento' del *soft law* está relacionado. De tal forma, este artículo abordará la manera en que ambos temas pueden tratarse en conjunto para desarrollar medidas más efectivas que puedan conducir al reforzamiento de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos.

## II. REFLEXIONES SOBRE LA EXTRATERRITORIALIDAD

Una parte importante de la discusión reciente se ha enfocado especialmente en los efectos de la extraterritorialidad, no sólo en los asuntos jurídicos sino también en la política y las relaciones internacionales. En ciertos momentos, esta discusión ha señalado que la extraterritorialidad se encuentra en la intersección entre el derecho internacional

público y privado, tomando elementos de ambos para justificar los esfuerzos para luchar contra la impunidad, o bien, para prevenir lo que podría considerarse como una intervención en los asuntos internos.

Antes de sumergirse en el contenido de esta sección, debe definirse lo que se entiende por extraterritorialidad. Dicho concepto es por lo menos una noción dual, que incluye medidas como la regulación en su aspecto menos drástico, y la adjudicación en su faceta más controversial.<sup>90</sup> En ese sentido, el fenómeno de la extraterritorialidad aparece cuando un Estado actúa en relación a conductas que no tuvieron lugar al interior de sus fronteras. En ese sentido, un Estado puede adoptar legislación con efectos extraterritoriales —como en el caso de requisitos de publicación de información—, que no infringe en la soberanía de un Estado tercero pero que ciertamente requiere que ciertos sujetos cumplan con las medidas nacionales, incluso cuando sus actividades se desarrollen fuera de su territorio;<sup>91</sup> o en ciertos casos inusuales, un Estado puede decidir ejercer su competencia jurisdiccional adjudicativa (conocida como “adjudicación extraterritorial”) para decidir por la vía judicial un caso que no se desarrolló dentro de sus fronteras, lo cual podría infringir la soberanía de un Estado tercero y dar lugar a tensiones jurídicas o diplomáticas.<sup>92</sup>

Los siguientes párrafos se enfocarán en ejemplos recientes de los sistemas judiciales estadounidense y holandés, que muestran algunos

---

<sup>90</sup> Deva señala sobre esta cuestión que la regulación extraterritorial se refiere a las leyes u otras medidas emitidas por los Estados más allá de sus fronteras nacionales. Véase Deva, S., ‘Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation’ en Luetge, C. (ed.), *Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 1078.

<sup>91</sup> Ídem: “...home state extraterritoriality would mean that a state extends its laws to overseas subsidiaries of (parent) companies incorporated therein.”

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 1086: “The exercise of extraterritorial jurisdiction over foreign subsidiaries of companies incorporated in a given state is likely to raise multiple concerns from other states competing to exert jurisdiction on such subsidiaries...”

desarrollos teóricos y prácticos interesantes, y que con diferentes niveles, se han relacionado con la cuestión de la adjudicación extraterritorial. Por una parte, la sentencia de la Suprema Corte en el caso *Kiobel* será analizada brevemente a la luz de la práctica del derecho internacional. Por otra parte, los casos *Friday Akpan* y *El-Hojouj* de la Corte de Distrito de La Haya servirán como contrapeso a la sentencia estadounidense, con el fin de demostrar las diferencias en la interpretación del derecho internacional por dos sistemas judiciales desarrollados e independientes.

### 1. Algunos comentarios sobre la sentencia *Kiobel*

Algunos ejemplos recientes de la adjudicación extraterritorial han demostrado la controversia que esta cuestión genera bajo el derecho internacional, no sólo por una supuesta “invasión de soberanía” o un “imperialismo jurídico”, sino como resultado de la falta de claridad y certeza sobre las normas internacionales en este ámbito. En efecto, la inexistencia de un marco jurídico internacional o incluso de directrices específicas sobre la adjudicación extraterritorial, genera dudas sobre lo que es permitido bajo el derecho internacional y los efectos que el silencio tiene en la posibilidad de desarrollar estándares jurídicos a nivel nacional basados en normas internacionales.

Lo anterior ha salido a relucir específicamente en el conocido caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*<sup>93</sup> ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, en la que el máximo tribunal se encontraba dividido y con ciertas dudas al abordar las cuestiones de la extraterritorialidad y la aplicabilidad del derecho internacional (particularmente del derecho internacional de los derechos humanos y de las normas

---

<sup>93</sup> *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, N° 10-1491, Sentencia (Suprema Corte, 17 de abril de 2013).

consuetudinarias internacionales) a las empresas por su involucramiento o participación en violaciones graves a derechos humanos.<sup>94</sup>

El caso fue presentado bajo el *Alien Tort Claims Act* (también conocido como *Alien Tort Statute*), una ley antigua y ambigua que fue adoptada en 1789, y que establece que las cortes de distrito tendrán competencia original sobre cualquier acción civil por un extranjero por un daño extracontractual que se cometa en violación al derecho de las naciones o a un tratado de los Estados Unidos.<sup>95</sup> Dicha ley ha sido usada desde la década de 1980 como un mecanismo judicial al que las víctimas de violaciones a derechos humanos de todo el mundo han recurrido para intentar obtener reparación por los daños que hayan sufrido en el extranjero, independientemente de la existencia de una conexión directa entre los hechos que dan lugar a las quejas y las cortes federales estadounidenses que tendrían competencia para conocer el caso.<sup>96</sup> A la fecha, ningún caso presentado con base en esta ley ha obtenido resultados favorables, aunque algunos casos han derivado en convenios entre las alegadas víctimas y las empresas demandadas.

Los detalles del caso indican la alegada complicidad del gobierno de Nigeria con tres empresas de distintas nacionalidades (Royal Dutch Petroleum Co., una empresa de los Países Bajos; Shell Transport and Trading Company, Plc, una empresa británica; y Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd., una subsidiaria nigeriana), que habrían ayudado al gobierno a cometer distintas ofensas bajo el derecho internacional contra activistas ambientales que acusaban a

---

<sup>94</sup> Aunque la jurisprudencia estadounidense en relación al *Alien Tort Statute* es extensa, sólo se hará referencia a los dos casos en que la Suprema Corte se ha pronunciado al respecto, *Sosa* y *Kiobel*, al establecer los parámetros básicos bajo los que el ATS ha sido interpretado.

<sup>95</sup> 28 U.S.C. §.1350; originalmente reconocía causas de acción por ofensas contra embajadores, por violación de salvoconductos y por piratería.

<sup>96</sup> En ese sentido, los casos presentados bajo el ATS han involucrado normalmente a demandantes extranjeros que presentan acciones contra empresas extranjeras, por actos que tuvieron lugar fuera de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos de América.

las empresas de daños ambientales ocasionados por la contaminación de hidrocarburos del delta del Níger, específicamente —como fue señalado por los demandantes en su escrito de fondo— por ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad, tortura y tratos crueles, detención y arresto arbitrarios, violaciones a los derechos a la vida, libertad, seguridad y asociación, exilio forzado y destrucción de propiedad.

De las alegaciones hechas en su demanda, la Corte de Distrito que conoció el caso determinó que sólo las alegaciones de los demandantes sobre crímenes de lesa humanidad, tortura y tratos crueles, y detención y arresto arbitrario —que cumplen con los criterios de definición y aceptación entre los países civilizados, establecidos por la Suprema Corte en su sentencia del caso *Sosa v. Álvarez Machain*— serían examinados en la instancia de apelación interlocutoria.<sup>97</sup>

No obstante, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito que conoció el caso desechó la acción en el 2010 con el argumento de que el derecho internacional consuetudinario no reconoce la responsabilidad empresarial, con base en tres consideraciones: que el alcance de la responsabilidad jurídica se determina por el derecho consuetudinario internacional; que el *Alien Tort Statute* (ATS) requiere que los tribunales apliquen normas de derecho internacional que sean “específicas, universales y obligatorias” para determinar la responsabilidad jurídica de los demandados —como se estableció en el caso *Sosa*; y que la responsabilidad empresarial no es una norma consuetudinaria internacional universalmente reconocida. Sin embargo, la Suprema Corte acordó otorgar *certiorari* en el 2011 para considerar si las empresas podían ser sujetas de responsabilidad bajo el *Alien Tort*

---

<sup>97</sup> *José Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain et al.*, N° 03-339, Sentencia (Suprema Corte, 29 de junio 2004), donde la Suprema Corte señaló que el ATS solo crearía una acción por agravios extracontractuales que transgredieran una norma de derecho internacional que tenga carácter definido y que sea aceptada por las naciones civilizadas (‘específica, universal y obligatoria’).

*Statute*, como resultado de interpretaciones divergentes en distintas cortes de circuito (por ejemplo, el Segundo Circuito negaba la existencia de responsabilidad empresarial<sup>98</sup> mientras que los circuitos séptimo,<sup>99</sup> noveno<sup>100</sup> y de D.C.<sup>101</sup> la afirmaban).

Tras la primera ronda de argumentos orales —en los que la discusión pasó de la cuestión inicial que abordaba si el derecho internacional consuetudinario reconoce la responsabilidad empresarial, a la cuestión de la aplicación extraterritorial del ATS—, la Suprema Corte ordenó a las partes presentar argumentos adicionales para plantear si y bajo qué circunstancias el ATS permite a los tribunales reconocer una causa de acción por violaciones al derecho de las naciones que ocurriera en el territorio de un Estado soberano distinto a los Estados Unidos, aspectos que fueron discutidos en una segunda audiencia en octubre de 2012.<sup>102</sup> El 17 de abril de 2013, la Suprema Corte emitió su sentencia del caso *Kiobel*, en la que confirmaba la decisión de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito y desechaba el recurso con el argumento que el derecho internacional consuetudinario no reconoce la responsabilidad empresarial por violación al derecho de las naciones, mientras que apenas respondía a la cuestión sobre qué permitiría que el ATS reconociera una acción por violaciones al derecho internacional que hubiera tenido lugar en territorio estadounidense.

<sup>98</sup> *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, N° 10-1491, Sentencia (Suprema Corte, 17 de abril de 2013).

<sup>99</sup> *Boimah Flomo et al. v. Firestone Natural Rubber Co., LLC*, N° 10-3674, Sentencia (Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito, 11 de Julio de 2011).

<sup>100</sup> *Sarei et al. v. Rio Tinto PLC et al.*, N° 02-56256, Sentencia (Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, 25 de octubre de 2011).

<sup>101</sup> *John Doe VIII et al. v. Exxon Mobil Corporation et al.*, N° 09-7125, Sentencia (Corte de Apelaciones del Circuito para el Distrito de Columbia, 8 de julio de 2011).

<sup>102</sup> Para una referencia detallada de las alegaciones discutidas durante la segunda audiencia en *Kiobel*, véase Cantú Rivera, H., 'Recent Developments in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*: An Important Human Rights Forum in Peril?', *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 28, 2013, pp. 245-250.

La sentencia de la Suprema Corte en *Kiobel* se enfoca ampliamente en la cuestión de la adjudicación extraterritorial y la intención original del Congreso cuando adoptó el *Alien Tort Statute* dentro de la Primera Ley de la Judicatura (*First Judiciary Act*) de 1789. En ese sentido, el Presidente Roberts escribió que una presunción contra la extraterritorialidad existe respecto a demandas bajo el *Alien Tort Statute*, y que nada en él desacredita dicha presunción. Al abordar ambas cuestiones, se basó en una interpretación gramatical del texto que desde luego no hace ninguna referencia a la implementación extraterritorial de la ley,<sup>103</sup> aunque sí indica claramente que la ley fue creada para tratar situaciones que involucraran al derecho internacional de la época.<sup>104</sup>

Sin embargo, es la interpretación de lo que Blackstone reconocía o consideraba que constituía una violación al derecho de las naciones a final de 1700 lo que permite abordar esta cuestión: la piratería era concebida como una violación al derecho de las naciones, por lo que los piratas podían ser perseguidos donde quiera que fueren encon-

---

<sup>103</sup> En ese sentido, la Suprema Corte determinó en *Morrison v. National Australia Bank Ltd.* (2010) que si una ley no indica claramente que se prevé que tenga aplicación extraterritorial, no debería presumirse que la tiene. El mismo argumento fue utilizado en la sentencia *Kiobel*. Algunos autores, como Colangelo, han sido reticentes respecto a la sentencia de la Suprema Corte, al considerar que contradice no sólo el derecho internacional e interno, sino sus propios precedentes: “*Morrison* explained that the presumption against extraterritoriality... did not operate upon the jurisdictional statute,... and as the *Kiobel* Court openly acknowledged, the ATS is also a “strictly jurisdictional” statute.” Cfr. Colangelo, A.J., ‘*Kiobel*: Muddling the Distinction Between Prescriptive and Adjudicative Jurisdiction’, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 28, 2013, p. 2.

<sup>104</sup> La Suprema Corte lo confirmó en su sentencia *Sosa*, señalando que una analogía entre lo que era el “derecho de las naciones” en esa época también podría ser presentada en la actualidad ante la judicatura bajo el *Alien Tort Statute*: “In *Sosa v. Alvarez-Machain*, the Supreme Court held that the ATS allows U.S. courts to recognize federal common law causes of actions “based on the present-day law of nations [that] rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18<sup>th</sup>-century paradigms we have recognized.” Véase Dodge, W.S., ‘Corporate Liability Under Customary International Law’, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 43, 2012, p. 1045.

trados, al ser un enemigo común de toda la humanidad, incluso en embarcaciones que navegaban en altamar. En ese sentido, tanto en ese entonces como en la actualidad, un navío tiene la nacionalidad del país bajo cuya bandera navega, constituyendo por consecuencia una extensión de la competencia territorial de un Estado soberano; por ello, la adjudicación de asuntos relativos a la piratería inescapablemente se refieren a acciones que invadirían la soberanía de otro Estado soberano, a menos que ello se hiciera únicamente contra embarcaciones que navegaran bajo la nacionalidad del país que iniciaría procedimientos contra ella. No obstante, esta idea no parece realista en el contexto actual, lo que nos lleva a analizar brevemente los argumentos de la Suprema Corte en la sentencia *Kiobel*.

Aunque la posición de la mayoría de la Suprema Corte es correcta al prevenir la utilización del derecho estadounidense y de su sistema judicial para resolver disputas que ocurrieron en alguna otra parte del mundo,<sup>105</sup> lo anterior da lugar a ciertos comentarios. La Suprema Corte sostuvo que el derecho de los Estados Unidos se aplica y regula a nivel interno, pero no globalmente; sin embargo, al usar el *Alien Tort Statute*, los Estados Unidos no estarían aplicando sus leyes para regular conductas que ocurren en el territorio de otros Estados soberanos.<sup>106</sup> La Corte misma ha reconocido que el ATS es una ley jurisdiccional, que solo provee jurisdicción y competencia para adjudicar

---

<sup>105</sup> Lo anterior es aún más importante a la luz de las importantes diferencias procesales que existen entre el sistema de litigio civil de los Estados Unidos y aquellos de otros países, como lo señalaron tanto los Países Bajos como el Reino Unido en sus escritos *amicus curiae* ante la Corte en *Kiobel*. Para mayor información, véase *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, n° 10-1491, Brief of the Governments of the Kingdom of The Netherlands and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as *Amici Curiae* in Support of Neither Party, (Suprema Corte, 13 de junio de 2012), pp. 27-28.

<sup>106</sup> Zamora Cabot, F.J., 'Kiobel and the Question of Extraterritoriality', *The Age of Rights*, n°2, 2013, p. 9: "When we talk about extraterritoriality, we think *primarily* about mandates to do or not to do, which are part of substantive law. There is an attempt to project these mandates beyond the physical framework of power connected to state sovereignty, not to the assumption of jurisdiction on the part of its courts."

reclamos por violaciones al derecho de las naciones que satisfagan los requisitos establecidos en *Sosa*, sin proyectar sus leyes a territorio extranjero. Dicha jurisdicción sería un foro para determinar derechos y deberes de partes en litigio, mismos que derivan directamente del derecho internacional y no del derecho interno de los Estados Unidos.<sup>107</sup> Lo anterior hace resaltar la *interpretación* estadounidense del derecho internacional —ese conocido *excepcionalismo americano*—, que por lo menos durante las dos audiencias y la sentencia en *Kiobel* parecían ser distantes de lo que se considera que es el derecho internacional, y en particular el derecho internacional de los derechos humanos, así como la manera en que se aplica ampliamente en la actualidad.

La cuestión de la extraterritorialidad tiene una larga historia. Por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló en su conocida sentencia del caso *S.S. Lotus* que a menos que el derecho internacional específicamente prohíba el uso extraterritorial del derecho interno, los Estados podían crear y aplicar sus leyes allende a sus fronteras.<sup>108</sup> Este permiso por el que era el principal tribunal internacional de la época continúa siendo un pilar del derecho internacional, que no ha sido desplazado por una sentencia en sentido contrario.<sup>109</sup> Por ende, debería haber sido una herramienta impor-

---

<sup>107</sup> *Ídem*: “The fundamental historic development of private international law is based on the diversity of systems of international jurisdiction to adjudicate. Therefore, the *jurisdiction to adjudicate* of the United States, exercised through its courts, does not have to coincide with the criteria of other countries or to cede jurisdiction to those who are supposedly more connected in this or any other matter. The only thing that can be demanded... is that jurisdiction be exercised in a reasonable manner when there is *sufficient nexus* with the State claiming it...”

<sup>108</sup> *The Case of the S.S. “Lotus”* (France v. Turkey), Sentencia, Corte Permanente de Justicia Internacional, 7 de septiembre de 1927. Véase igualmente Bernaz, N., *op. cit.*, p. 18, quien señala que la jurisdicción universal en material civil es legal, al no estar prohibida por el derecho internacional; y Sloss, D., ‘*Kiobel and Extraterritoriality: A Rule Without A Rationale*’, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 28, 2013, p.2, donde el autor explica la presunción de permisibilidad bajo el derecho internacional.

<sup>109</sup> Aunque se encuentra fuera del alcance de este artículo, debería prestarse atención a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Jurisdictional Immunities* de 2012, en

tante para los demandantes del caso *Kiobel*, puesto que redirige la determinación de la aplicación extraterritorial de la ley a la legislación nacional y al cuerpo legislativo que la crea, y no a la cuestión de la posición del derecho internacional respecto a la aplicación extraterritorial del derecho doméstico.<sup>110</sup>

No obstante, dicho argumento habría sido irrelevante para el caso debido al carácter adjudicativo que se le reconoce al *Alien Tort Statute*. La sentencia *Lotus*, por otra parte, era aplicable sólo si la ley en cuestión era una norma sustantiva —y por consecuencia un ejercicio de competencia prescriptiva—, no un acto procesal. La presunción de permisibilidad<sup>111</sup> podría haber sido un argumento interesante basado en el derecho internacional, en oposición a la presunción contra la extraterritorialidad que fue apoyada por la Suprema Corte.

Si el derecho internacional efectivamente permite la existencia de leyes sustantivas con efectos extraterritoriales, como ha sido apoyado durante décadas por distintos tribunales internacionales, la elección de la Suprema Corte de los Estados Unidos de no permitir la aplicación extraterritorial de una ley sobre competencia adjudicativa tam-

---

el que la Corte determinó que existía inmunidad en relación a demandas civiles presentadas en Italia por ciudadanos italianos contra Alemania, ya que éste habría gozado de inmunidad procesal bajo el derecho internacional consuetudinario. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy), Sentencia, Corte Internacional de Justicia, 3 de febrero de 2012.

<sup>110</sup> Colangelo, A., *op. cit.*, p. 5: "...International law itself doesn't care about how it is conceptualized or implemented within any given domestic legal system... that's a matter for a nation's internal law, not international law."

<sup>111</sup> Stigall, D., 'International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in U.S. Domestic Law', *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 35, n° 2, 2012, p. 331: "...the starting point for any jurisdictional analysis is a presumption of permissibility — a presumption that is only overcome by demonstrating that the action is otherwise prohibited by treaty or customary international law." Esta misma posición fue apoyada por el Gobierno de Kosovo en su contribución escrita ante la Corte Internacional de Justicia durante el proceso consultivo en relación a la declaración unilateral de independencia de Kosovo: Written Contribution of the Republic of Kosovo, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo*, Opinión Consultiva, Corte Internacional de Justicia, 17 de abril de 2009, p. 138.

bién sería una decisión legítima bajo el derecho internacional, debido al carácter voluntario de la presunción de permisibilidad. Sin embargo, también podría perjudicar la universalidad de los derechos humanos y su protección, que ha dejado a las víctimas del caso *Kiobel* sin la posibilidad de obtener reparación en el foro correspondiente a su lugar de residencia. Por ello, la cuestión irresoluta es lo que la Suprema Corte podría haber hecho al interpretar el caso concreto desde una perspectiva más neutral, basada en el entendimiento actual del derecho internacional.

Una interpretación del ATS de conformidad con el derecho internacional aplicable probablemente observaría que al menos los principales tratados internacionales de derechos humanos, el derecho consuetudinario internacional, las normas de *jus cogens* y los principios generales del derecho internacional constituyen normas aceptadas por la sociedad internacional.<sup>112</sup> Esto sería conforme a los estándares de lo que era la práctica aceptada del derecho internacional en el siglo XVIII. En el *cas d'espèce*, la ratificación por 167 países del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) demostraría claramente que ha sido casi universalmente reconocido por las “naciones civilizadas” que las normas en él estipuladas constituyen valores universales. Aún más, esos valores son compartidos por los cuatro países que intervienen en la disputa (los Estados Unidos como foro y lugar de residencia de los demandantes; los Países Bajos y el Reino Unido como los países donde los principales demandados fueron constituidos o tienen su sede; y Nigeria como el país de una *joint venture* de ambas empresas europeas y el país de nacionalidad de los demandantes), lo que proveería una justificación aún más fuerte sobre por qué

---

<sup>112</sup> Una crítica similar se hizo a los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos, precisamente sobre lo que se consideró como su visión “restringida o angosta” del derecho internacional. Véase Decaux, E., ‘Le projet de l’ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales’, en Daugareilh, I. (ed.), *Responsabilité sociale de l’entreprise transnationale et globalisation de l’économie*, Bruselas, Bruylant, 2010, pp. 459-474.

al menos algunos de los daños extracontractuales reclamados por los demandantes deberían ser reconocidos como específicos, universales y obligatorios. El hecho de que el PIDCP fuera ratificado por los cuatro países previamente mencionados implica la existencia de un común denominador, incluso de una regla *inter partes* que sería aplicable a todos ellos. Al estar incluidos todos los derechos reclamados en el Pacto, y al existir para sus Estados parte una obligación internacional de garantizar dichos derechos en su territorio o bajo su jurisdicción de conformidad con el artículo 2.1 del PIDCP, la protección judicial de dichos derechos por los tribunales de cualquiera de los países sería una condición *sine qua non*.

Aunque la Suprema Corte haya establecido en *Sosa* que el PIDCP no constituye una norma pertinente y aplicable de derecho internacional debido a su carácter *no autoejecutable*,<sup>113</sup> esta posición demuestra dos cosas: primero, la justificación de la inaplicabilidad del derecho internacional con base en consideraciones y sistemas jurídicos de orden nacional (una posición particularmente dualista), a pesar de un compromiso internacional formalmente declarado en torno al respeto de los derechos humanos, lo cual conduce a la falta de cumplimiento de la obligación *pacta sunt servanda*. El silencio existente bajo el derecho de los tratados en relación a la adjudicación extraterritorial lleva al uso permisivo de la jurisdicción para preservar y garantizar los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos. La ratificación del PIDCP por el Congreso estadounidense debería confirmar su adhesión y compromiso de respetar las normas internacionales de derechos humanos, así como el reconocimiento del tratado

---

<sup>113</sup> *José Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain et al.*, n° 03-339, Sentencia (Suprema Corte, 29 de junio de 2004), §41: “And, although the Covenant does bind the United States as a matter of international law, the United States ratified the Covenant on the express understanding that it was not self-executing and so did not itself create obligations enforceable in the federal courts.”

como una fuente de derecho internacional y de obligaciones vinculantes para los Estados Unidos y demás países que lo ratificaron.

Por otra parte, una interpretación gramatical del *Alien Tort Statute* llevaría a la presunción de que éste podría aún proveer una causa de acción, si se compara análogamente con los argumentos en torno a la piratería hechos por el Juez Breyer en su voto separado. La mayoría del enfoque de ésta se centró en el ‘derecho de las naciones’; sin embargo, no hubo ninguna mención en la sentencia *Kiobel* sobre la última parte de la ley, que claramente indica que los tribunales pueden conocer de una acción civil de un extranjero por un daño extracontractual en violación de un tratado de los Estados Unidos. Debido a que los Estados Unidos ratificó el PIDCP en 1992, así como al hecho de que por lo menos la tortura y los tratos crueles,<sup>114</sup> así como la detención y arresto arbitrarios se encuentran prohibidos por el Pacto (los crímenes de lesa humanidad, por otra parte, han sido abordados en otros instrumentos internacionales, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que los EE.UU. han firmado pero no ratificado), la violación de dichos derechos convencionales —y no la ambigua noción en que el “derecho de las naciones” se ha convertido a través de la interpretación judicial de la Suprema Corte— habrían provisto otra justificación para permitir el ejercicio de la acción civil. Aunque persiste la cuestión de que los hechos tuvieran lugar en territorio extranjero, por lo menos el aspecto del significado moderno del “derecho de las naciones” podría ser dejado de lado para abordar el caso desde la perspectiva de la violación de un derecho contenido en un instrumento internacional de derechos humanos que es obligatorio para los Estados Unidos de América, así como para los otros tres países que tienen un interés directo en el caso.

---

<sup>114</sup> Lo anterior fue reconocido por los Estados Unidos en sus reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde limitó el alcance del artículo 7 del Pacto a lo dispuesto por las Enmiendas quinta, octava y catorceava de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Dos argumentos más se pueden plantear en relación a la sentencia *Kiobel*. El primero es relativo al derecho internacional consuetudinario, mientras que el segundo tiene que ver con la universalidad de los derechos humanos. Ambos argumentos son importantes a la luz del debate sobre los sujetos del derecho internacional y la cuestión de la extraterritorialidad, que fueron considerados por la Suprema Corte durante las dos fases de *Kiobel*.

Como señala Dodge, las normas que pueden ser exigidas conforme al parámetro de *Sosa* se concentran en los actos, independientemente de la identidad de los perpetradores.<sup>115</sup> Esta característica normativa difiere de la noción clásica bajo el derecho internacional de los derechos humanos, conforme a la cual el Estado, de forma clara y explícita, es el responsable primario por violaciones a derechos humanos que tengan lugar en su jurisdicción. Sin embargo, debe notarse que aunque es el Estado quien será responsable por una insuficiente prevención y protección frente a conductas perjudiciales a la dignidad humana, la mayoría de las normas de derecho internacional que abordan el tipo de conductas que pueden ser perseguidas en los Estados Unidos han omitido determinar *quién* es capaz de cometer tales violaciones a derechos humanos.<sup>116</sup> El derecho internacional de los derechos humanos, y particularmente aquellos tratados y convenciones que se refieren a violaciones a derechos humanos que pueden constituir infracciones al derecho consuetudinario o a normas de *jus cogens*, también se han enfocado en regular los *actos* que tienen lugar, dejando abierta la cuestión de la subjetividad. Dicha falta de precisión puede ser interpretada como una cuestión obvia e innecesaria en el texto de un tratado internacional —debido a la noción ampliamente consolidada del Estado como único ente capaz de violar derechos

---

<sup>115</sup> Dodge, W.S., *op. cit.*, p. 1047.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 1050: "...the question of corporate liability under customary international law does not depend on finding a norm of customary international law in the abstract, but rather on whether the particular norms at issue reach corporations."

humanos—, o bien, como una intención de no refinar la cuestión de la subjetividad bajo el derecho internacional para permitir a las ramas judiciales (tanto a nivel nacional como internacional) el desarrollo de un *corpus juris* sobre esta cuestión.

El hecho de que la cuestión sobre qué sujeto puede violar una norma de derecho internacional se haya dejado abierta puede jugar un papel importante en la determinación de la responsabilidad empresarial por violaciones a derechos humanos. El derecho internacional no categoriza los actores que pueden ser sujetos o no de responsabilidad: por el contrario, meramente se centra en determinar la legalidad o ilegalidad de un acto, independientemente de quién lo haya cometido.<sup>117</sup> De tal manera, la inexistencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional que establezca que las empresas gozan de inmunidad tendería a indicar que, en efecto, no gozan de ésta.<sup>118</sup>

Esta determinación fue replicada en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales*, donde se encontró que los Estados gozan de una inmunidad procesal que es enteramente distinta a la existencia de responsabilidad. En efecto, la Corte señaló que un Estado que tiene inmunidad jurisdiccional podría ser capaz de violar el derecho internacional, y a pesar de su inmunidad, continuaría siendo responsable por las violaciones cometidas. Por el contrario, de forma general las empresas no tienen inmunidad bajo el derecho internacional, y mucho menos gozan de una regla trans-sustantiva de no responsabilidad, que incluso los Estados no tienen.<sup>119</sup> Por tanto, la inexistencia de una norma específica que niega la determinación de responsabilidad bajo el derecho internacional para actores no estatales, en conjunto con los estándares convencionales en vigor que tampoco particularizan sobre el desti-

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 1046.

<sup>118</sup> Aunque tampoco existe una indicación explícita de que pueden ser consideradas responsables, constituyendo por consecuencia un silencio normativo.

<sup>119</sup> Dodge, W.S., *op. cit.*, p. 1047.

natario, sino que se enfocan en la legalidad de cierta acción, podrían constituir elementos importantes para concluir que una presunción de permisibilidad existe respecto a la determinación de la responsabilidad de actores no estatales por violaciones al derecho internacional.

En relación a la extraterritorialidad, se han planteado argumentos sobre la característica del derecho internacional como un marco amplio y vinculante que debe ser aplicado en todo lugar y en todo momento.<sup>120</sup> Aunque esta idea defiende una posición particularmente idealista que ignora el aspecto de la política internacional, se podría alegar la universalidad de los derechos humanos, y específicamente de los derechos no derogables que han sido ampliamente reconocidos y ratificados por la mayoría de los países del mundo.

El hecho de que los derechos universalmente reconocidos no puedan ser protegidos es una afrenta directa contra las fundaciones mismas del derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, las decisiones futuras deberán no solo mirar hacia el marco y alcance de las relaciones internacionales y la cuestión de la cortesía internacional, sino hacia la permanencia y reforzamiento del sistema universal de derechos humanos, a fin de garantizar el desarrollo de un esfuerzo internacional coordinado y coherente para combatir la impunidad corporativa.<sup>121</sup> Será necesario contar con indicaciones y directrices más claras en relación a la cuestión de la adjudicación extraterritorial a nivel internacional —especialmente en el ámbito de los derechos humanos—, puesto que la falta de dicho marco contribuye a la conocida fragmentación del derecho internacional y a una reiterada

---

<sup>120</sup> Colangelo, A., *op. cit.*, p. 1: “International law... prescribes conduct-regulatory rules the world over, and thus its application is never really extraterritorial since it covers the globe, particularly with respect to universal jurisdiction violations.”

<sup>121</sup> Para un enfoque holístico sobre la cuestión de la responsabilidad empresarial por abusos a derechos humanos, y en especial sobre un modelo multifacético para abordar dichos impactos, véase Deva, S., *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012.

impunidad, permitiendo a los Estados determinar individualmente el camino a seguir para abordar tales cuestiones, frente al riesgo de una mayor polarización.

*2. La extraterritorialidad en el sistema judicial neerlandés: ejemplos recientes*

Dos casos recientes del sistema judicial de los Países Bajos han presentado un enfoque distinto a la cuestión de la extraterritorialidad, y han dado muestras —basadas en el derecho internacional privado— de la adjudicación extraterritorial de casos que cumplen con ciertos requerimientos.

El primero de ellos es *Friday Alfred Akpan et al. v. Royal Dutch Shell PLC et al.*,<sup>122</sup> presentado ante la Corte de Distrito de La Haya. Resumiendo los hechos del caso, éste fue presentado con motivo de las alegaciones de daño ambiental y personal que habría sufrido el demandante, como resultado de los derrames de petróleo ocurridas en 2006 y 2007 en la región de Ikot Ada Udo, en Nigeria, que se produjeron por la falta de diligencia de los demandados en el mantenimiento de sus operaciones petroleras en la región, derivando en la pérdida de los medios de vida del señor Akpan. En un interesante análisis, la Corte de Distrito consideró que existía un nexo causal entre la violación de un deber específico de cuidado por la subsidiaria nigeriana de un grupo empresarial neerlandés y los daños sufridos por Akpan, y que la subsidiaria nigeriana Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. habría cometido una negligencia que habría afectado al demandante, al no tomar las medidas necesarias para asegurar apropiadamente un pozo petrolero para prevenir su

---

<sup>122</sup> *Friday Alfred Akpan et al. v. Royal Dutch Shell PLC et al.*, Caso C/09/337050/ HA ZA 09-1580, Sentencia, Corte de Distrito de La Haya, 30 de enero de 2013.

sabotaje —que habría sido cometido previo a los derrames.<sup>123</sup> Ante ello, la Corte de Distrito ordenó a la demandada nigeriana al pago de compensación por los daños sufridos por Friday Akpan.

Aunque debe subrayarse que la corte de La Haya indicó específicamente que el caso no podría ser considerado como una violación a derechos humanos cometida por una empresa subsidiaria, particularmente a la luz de la conducta pasiva del demandado y de la falta de una acción específica<sup>124</sup> que pudiera implicar una transgresión directa de los derechos humanos del demandante, el caso tiene claras implicaciones en el ámbito de los derechos humanos, particularmente en relación a la responsabilidad jurídica de las subsidiarias en el extranjero. Lo anterior se vuelve aún más importante tras la sentencia *Kiobel* en los Estados Unidos, ya que las demandas presentadas bajo el Alien Tort Statute usualmente han sido contra las empresas matrices y sus subsidiarias en el extranjero, y la Suprema Corte recientemente decidió no abordar casos que impliquen adjudicación extraterritorial a menos que exista un vínculo ligado a la nacionalidad de la empresa, o que el caso afecte intereses estadounidenses con una fuerza suficiente.

Esta misma circunstancia fue tomada en consideración por el tribunal neerlandés en su sentencia del caso *Friday Akpan*. Aunque la empresa transnacional demandada tiene su sede en los Países Bajos, la Corte de Distrito determinó utilizar una analogía con otros casos y tendencias internacionales:

*“[F]or quite some time... there has been an international trend to hold parent companies of multinationals liable in their own country for the harmful practices of foreign (sub-) subsidiaries, in which the foreign (sub)*

---

<sup>123</sup> *Ibid.*, §4.45.

<sup>124</sup> *Ibid.*, §4.56.

*subsidiary involved was also summoned together with the parent company on several occasions.*"<sup>125</sup>

A pesar de que esta tendencia podría considerarse reciente, apoyaría uno de los argumentos que pueden ser inferidos de la sentencia *Kiobel*: si existe evidencia concluyente sobre la cercanía entre una empresa matriz y su subsidiaria, y las acciones que dieron lugar a la queja fueron ordenadas por la empresa matriz —o como se señaló en la sentencia *Friday Akpan*, que la matriz debió haber tenido conocimiento del aspecto relevante de los hechos que dieron lugar a la demanda, o de la ilegalidad de la acción llevada a cabo por la subsidiaria—, ambas podrían ser llamadas a comparecer a juicio ante los tribunales del Estado de origen de la transnacional.

La corte neerlandesa consideró, sin embargo, que sería menos razonable que existiera un “deber de cuidado” de la empresa matriz, ya que la proximidad entre ambas entidades no era suficientemente importante, como lo sería si ambas operaran en el mismo país. Basándose en la sentencia *Chandler v. Cape plc* del sistema judicial británico, la corte determinó que en las circunstancias concretas del caso, no podía asumirse que la empresa matriz tendría mayor conocimiento sobre la situación local en el país extranjero que su subsidiaria, lo que condujo al desechamiento de la demanda contra la empresa matriz. A pesar de ello, la Corte de Distrito señaló:

[T]he forum non conveniens restriction no longer plays any role in today's international private law. The District Court is of the opinion that the jurisdiction of the Dutch court in the matter against [the foreign subsidiary] based on Section 7 DCCP<sup>126</sup> does not cease

<sup>125</sup> *Ibid.*, §4.5.

<sup>126</sup> Código de Procedimientos Civiles de los Países Bajos, artículo 7.1, que señala que si un tribunal neerlandés tiene competencia sobre uno de los demandados, también lo tendrá sobre los otros demandados, siempre que la acción en relación a ellos esté vinculada, a fin de justificar su consideración conjunta por razones de eficiencia.

to exist in the event that the claims against [the parent company] were to be dismissed, not even if subsequently, in fact, no connection or hardly any connection would remain with Dutch jurisdiction.<sup>127</sup>

La sentencia en el caso Friday Akpan da lugar a distintas consideraciones en relación a sus efectos en el ámbito de los derechos humanos. En primer término, la sentencia estuvo fundada en el derecho interno, no en el derecho internacional. Aunque este tipo de casos podrían ser una clara indicación de que sólo podrá alcanzarse la responsabilidad empresarial a través del derecho interno, también sirve para ilustrar que la ausencia de un marco internacional vinculante ha conducido y continuará llevando a la exploración de avenidas judiciales y acciones a nivel interno, lo cual potencialmente conducirá al desarrollo de una esfera de derecho comparado sobre casos que abordan la responsabilidad jurídica de las empresas y la adjudicación extraterritorial, como ha sido demostrado por la Corte de Distrito de La Haya en esta sentencia.

En segundo lugar, la sentencia se basó particularmente en el derecho sustantivo de Nigeria, así como en el derecho común del sistema británico, que era vinculante previo a la independencia de Nigeria y que continúa siendo una referencia tras ella. Por otra parte, la competencia jurisdiccional de los tribunales neerlandeses está basada en su derecho interno, particularmente si la nacionalidad de la empresa matriz es neerlandesa. Lo que dichas características muestran es que, con base en el derecho internacional privado y el derecho comparado, se puede lograr el enjuiciamiento de las empresas bajo el derecho interno sin importar el lugar donde se llevaron a cabo las acciones, y como reconoce la corte neerlandesa, podrían ayudar a reducir la trascendencia de la excepción *forum non conveniens*, que usualmente se ha intentado utilizar en este tipo de casos. De tal manera, aún los casos extraterritoriales podrían ser juzgados si existe un vínculo mí-

---

<sup>127</sup> *Friday Alfred Akpan et al. v. Royal Dutch Shell PLC et al.*, par. 4.6.

nimo que pudiera otorgar competencia jurisdiccional a un sistema judicial extranjero (por ejemplo, del lugar donde se haya presentado la demanda).

En tercer lugar, la sentencia *Friday Akpan* se basó en un deber de cuidado razonable —una medida de debida diligencia—, y por tanto en un daño por negligencia, y no en una violación a derechos humanos. Resulta claro que los casos basados en términos de derecho civil (como en este caso a través de los daños y perjuicios sufridos) han sido más exitosos y mayormente explorados que las demandas por violaciones a derechos humanos, y han sido resueltos de forma general de una manera más favorable, al ser los derechos en pugna más fácilmente determinables por los tribunales. Sin embargo, independientemente de la denominación que se les de, también resulta claro que este tipo de sentencias, a pesar de estar basadas en figuras de derecho civil, también tienen implicaciones para los derechos humanos.<sup>128</sup>

En ese sentido, el explorar los derechos humanos a través del ángulo del derecho civil puede ser una solución interesante para impulsar su causa a nivel nacional, especialmente si las empresas tienen su sede o se encuentran constituidas en países cuyos sistemas judiciales tienen un enfoque liberal y global sobre la cuestión de la adjudicación extraterritorial y el uso del derecho internacional privado.

Otro ejemplo interesante que emergió recientemente del sistema judicial neerlandés, en relación a la tortura y la adjudicación extraterritorial, es el caso *Ashraf Ahmed El-Hojouj v. Harb Amer Derbal et al. (Libya)*.<sup>129</sup> En el *cas d'espèce*, el demandante era un nacional búlgaro-palestino que presentó una acción judicial en los Países Bajos

---

<sup>128</sup> Donovan, D.F. & Roberts, A., 'The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction', *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, p. 154: "Although by tort claims private parties may seek vindication of private interests, judgments in these cases affirm much wider interests manifested in the norms that the community is prepared to enforce."

<sup>129</sup> *Ashraf Ahmed El-Hojouj v. Harb Amer Derbal et al. (Libyan Officials)*, Caso 400882/HA ZA 11-2252, Sentencia, Corte de Distrito de La Haya, 21 de marzo de 2012.

por su detención ilegal y tortura por el régimen libio, que lo acusaba de haber infectado a 393 niños con VIH. Tras haber confesado bajo tortura, el demandante fue condenado a la pena capital, pero luego perdonado y liberado por las autoridades. Sin embargo, presentó una demanda en los Países Bajos (país que le habría otorgado el estatus de refugiado) por la comisión de un crimen internacional por el régimen libio, a pesar de la falta de comparecencia de los demandados ante el tribunal.

La Corte de Distrito de La Haya que conoció del caso consideró que tenía competencia jurisdiccional internacional conforme al artículo 9(c) del Código de Procedimientos Civiles, que señala que los tribunales neerlandeses podrán asumir competencia si se considera inaceptable pedir al demandante que presente su caso ante un tribunal extranjero. Por tanto, se constituyó como un *forum necessitatis* —un foro por necesidad—, ya que el negar competencia al demandante conllevaría el riesgo de una evasión de justicia de los demandados.<sup>130</sup> Así, el resolver la demanda planteada por El-Hojouj podría implicar que la ejecución de la sentencia, ante la falta de comparecencia de los demandados, se convertiría en una cuestión política, y sin embargo, se habría satisfecho la necesidad de justicia a favor del demandante.

Esta decisión por la Corte de Distrito de La Haya implica por consecuencia un actor de competencia civil universal para otorgar reparaciones a la parte actora contra los funcionarios libios que participaron en su tortura (quienes, actuando como agentes, habrían comprometido la responsabilidad internacional del Estado libio), por la comisión de una violación grave a los derechos humanos que constituiría un crimen internacional. En efecto, la naturaleza inderogable de la tortura y su reconocimiento como una norma de *jus cogens* apoyaría

---

<sup>130</sup> Esta figura fue sugerida por la Ministra Sotomayor en la segunda audiencia del caso *Kiobel*, donde indicó que para evitar una denegación de justicia, los tribunales estadounidenses podrían convertirse en foros de última instancia. *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, Transcripción de alegatos (Corte Suprema, 1 de octubre de 2012), §13.

el ejercicio de la competencia universal para defender los intereses de la víctima y promover el respeto de los derechos humanos, con base en el deber internacional de todos los Estados de prohibir y perseguir ese tipo de conductas.

Aunque ambos casos abordan escenarios muy distintos y no pueden ser interpretados de manera uniforme, sugieren dos desarrollos interesantes: en primer término, que cuando una víctima se enfrenta a una denegación de justicia como resultado de una cuestión jurisdiccional, un tribunal puede actuar para protegerlos o para otorgar reparación por los daños sufridos, si estima que no existiría una violación al derecho internacional. En segundo término, las empresas matrices y sus subsidiarias pueden ser consideradas responsables —aún extraterritorialmente— por su conducta imprudente en la conducción de sus operaciones, según el nivel de participación y conocimiento de la situación que debería tener, si la falta de diligencia tiene un efecto negativo importante en la forma de vida y derechos de las comunidades que fueron afectadas por sus actividades.

### III. INCREMENTANDO EL PAPEL DEL *SOFT LAW*:

#### ¿DE DIRECTRICES A OBLIGACIONES?

El derecho no vinculante, o *soft law*, ha sido un tema ampliamente debatido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente por el hecho de que la doctrina y la sociedad civil han intentado darle una naturaleza más vinculante que la que generalmente tendría bajo las nociones clásicas del derecho internacional general. En ese sentido, lo que se ha reconocido como la norma paradigmática que contiene las fuentes del derecho internacional —el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante la “CIJ” o la “Corte Internacional”)— permanece inmutable desde su adopción, siendo por consecuencia una herramienta

valiosa para los Estados más poderosos, que preferirían limitar el desarrollo de normas internacionales de carácter vinculante. No obstante, algunos desarrollos recientes en distintas áreas del ámbito de los derechos humanos muestran que la interpretación judicial y la práctica estatal pueden dar a las normas de *soft law* un carácter por lo menos semivinculante.<sup>131</sup>

Esta idea será el enfoque principal de esta sección: primero, se analizarán brevemente las fuentes clásicas del derecho internacional, que sin embargo han sido interpretadas progresivamente por los tribunales internacionales, de cierta manera permitiendo o fomentando la evolución del carácter de algunas declaraciones internacionales de derechos humanos a través de la jurisprudencia. Segundo, se revisará brevemente el estado del *soft law* bajo el derecho internacional, para compartir algunas reflexiones sobre su potencial desarrollo y transición —específicamente de normas no vinculantes como los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos— hacia normas obligatorias de derecho internacional consuetudinario, a través de la práctica estatal y la jurisprudencia, tomando particularmente en consideración los elementos básicos para la formación de la costumbre internacional.

### *1. Las fuentes clásicas del derecho internacional conforme al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*

Conforme al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes clásicas del derecho internacional son de dos tipos: primarias y secundarias. Dentro del primer grupo se encuentran las convenciones

---

<sup>131</sup> En esta sección, se identifica al carácter semivinculante del *soft law* como el momento en que una norma “suave” comienza a convertirse en una fuente formal del derecho internacional, a través de su metamorfosis en un principio general o en una norma consuetudinaria, adquiriendo por consecuencia un valor más coercitivo que cuando era meramente una declaración.

y tratados internacionales, tanto multilaterales como bilaterales; la costumbre internacional, como evidencia de una práctica general que ha sido aceptada internacionalmente como derecho, y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. El segundo grupo, estipulado en el artículo 38(d), incluye las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas más altamente calificados, con la excepción presentada en el artículo 59 del Estatuto, que establece que las decisiones judiciales de la Corte sólo tienen fuerza vinculante entre las partes en litigio y respecto al caso concreto.

Aunque estas fuentes clásicas continúan siendo pertinentes y estando en vigor, y no han sido disputadas más que en la doctrina,<sup>132</sup> algunas de ellas han sido sujetas a la interpretación progresiva de la propia CIJ, así como de algunos tribunales regionales que abordan cuestiones de *lex specialis*, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A continuación se citan algunos ejemplos a manera de ilustración.

Entre 1969 y 1986, la Corte Internacional modificó el método de evaluación respecto a la formación de una regla de derecho internacional consuetudinario. En 1969, en su sentencia de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, consideró que la práctica estatal debe reflejar la creencia de que dicha práctica es obligatoria con base en la existencia de una norma jurídica que así lo requiere.<sup>133</sup> Por tanto, la Corte determinó que sólo por medio del *opinio juris* puede confirmarse la práctica estatal, lo cual sería la base de la costumbre según se concibe por el enfoque tradicional.<sup>134</sup> Sin embargo, en su sentencia del

---

<sup>132</sup> Véase de forma general Cárdenas Castañeda, F.A., 'A Call for Rethinking the Sources of International Law: *Soft Law* and the Other Side of the Coin', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 355-403.

<sup>133</sup> *North Sea Continental Shelf Cases* (Germany v. Netherlands; Germany v. Denmark), Sentencia, Corte Internacional de Justicia, 20 de febrero de 1969.

<sup>134</sup> Kamminga, M.T., 'Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law', en Kamminga, M.T. & Scheinin, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009,

caso *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*,<sup>135</sup> 17 años después, la Corte determinó que la existencia de la regla en el *opinio juris* de los Estados debe confirmarse por la práctica.<sup>136</sup> Así, la CIJ hizo evolucionar su metodología sobre la costumbre internacional para dar mayor valor al *opinio juris*, que había sido hasta el momento secundario a la práctica estatal.<sup>137</sup>

Esta evolución en la metodología de la CIJ sobre la formación del derecho consuetudinario internacional ha sido acompañada por el crecimiento y desarrollo del concepto de la universalidad de los derechos humanos. En este ámbito, los actores internacionales —es decir, los tribunales internacionales, las organizaciones multilaterales y los publicistas— han tenido que desempeñar un papel importante para lograr un resultado que más favorable a su área de trabajo, apoyando la transición de la práctica estatal a la acción diplomática para probar la existencia de una costumbre internacional.<sup>138</sup> Aún más, a

---

p. 7: “The traditional approach to identifying a rule of customary international law is to rely on *opinio juris* to confirm state practice, or even to infer *opinio juris* from state practice... [thus,] the traditional approach is to attach more value to what states do (physical acts) than what they say (verbal acts).”

<sup>135</sup> *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Sentencia, Corte Internacional de Justicia, 27 de junio de 1986.

<sup>136</sup> Ver de forma general Cañado Trindade, A.A., ‘International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)’, *Collected Courses*, Vol. 316, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, en particular el capítulo VI.

<sup>137</sup> Wouters, J. & Ryngaert, C., ‘Impact on the Process of the Formation of Customary International Law’, en Kamminga, M.T. & Scheinin, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 113: “[The ICJ] in its Nicaragua judgment gave] the impression that, as long as *opinio juris* is not in doubt, the consistency of state practice, a cherished and arguably primordial element of a customary rule, is not to be the first consideration.”

<sup>138</sup> Kamminga, M.T., *op. cit.*, pp. 7-8: “...when identifying state practice, [human rights treaty bodies and international criminal courts and tribunals] emphasize what states say rather than what they do.” Véase también Mariño Menéndez, F.M., *Derecho Internacional Público: Parte General*, 3a ed., Madrid, Trotta, 1999, p. 366, quien hace referencia a la validez de la práctica estatal en organizaciones multilateral para la formación de la costumbre internacional.

menudo se argumenta que el método para la formación del derecho consuetudinario en el ámbito de los derechos humanos permitiría a la *opinio juris* tener un lugar más importante que la práctica estatal.<sup>139</sup>

Lo anterior no sólo ha sido el resultado de una práctica estatal inequitativa, sino la consecuencia de un conjunto de valores y principios diferentes que se requieren para enfrentar los retos planteados por los derechos humanos, que varían sobremanera en relación a aquellos de otros ámbitos del derecho internacional. Sin embargo, uno de los paradigmas del derecho internacional general ha sido que el elemento central para la formación y consolidación del derecho internacional es, de hecho, la existencia de una práctica estatal generalmente consistente —es decir, el uso y la aplicación generalizados de un comportamiento o norma determinados.

Una interrogante importante que surge es el grado requerido de aplicación o uso de una norma de conducta o comportamiento para determinar la existencia de una práctica internacional general. Una posible respuesta sería que la práctica no sólo se refleja al interior de las fronteras nacionales, sino también dentro de la acción internacional en foros multilaterales; en teoría —y siguiendo un enfoque cuantitativo respecto a la acción del Estado ante las organizaciones internacionales—, las acciones llevadas a cabo por los Estados mientras participan en actividades diplomáticas demostraría un claro interés de su parte (*opinio juris*) sobre lo que consideran como una práctica común, usualmente dentro de su jurisdicción.<sup>140</sup>

Por tanto, esto normalmente sería un paso importante en el desarrollo de normas consuetudinarias y de principios generales de derecho

---

<sup>139</sup> Wouters, J. & Ryngaert, C., *op. cit.*, p. 111.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 125: “However, if verbal state practice in and *vis-à-vis* international fora is taken into account, another picture emerges. Modern positivism allows for the consideration of statements by states in international fora, of the (tacit) acceptance of international tribunals’ statutes and judgments, and of the widespread adoption of treaties dealing with the subject matter.”

internacional, con base en las declaraciones y acciones hechas por los Estados a nivel internacional, y por ende una confirmación de la práctica estatal. Igualmente, la interpretación de tribunales internacionales o regionales sobre tal práctica estatal a nivel diplomático —reflejada en las declaraciones o resoluciones no vinculantes— ha llevado en algunos casos a la evolución de dichas normas, adquiriendo por consecuencia un carácter parcialmente vinculante, como es el caso de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas.<sup>141</sup>

En ese sentido, el derecho internacional también ha evolucionado a través de los tribunales regionales de derechos humanos. Un ejemplo particularmente interesante es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni el Estatuto de la Corte o sus Reglas de Procedimiento establecen un sistema taxonómico de las fuentes del derecho sobre las que debe fundar sus fallos. Como se ha entendido, las fuentes de derecho aplicables a casos sobre los que tiene competencia jurisdiccional son aquellas del derecho internacional general, contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Sin embargo, una excepción fue establecida recientemente en la jurisprudencia interamericana, específicamente en relación al artículo 59 del Estatuto de la CIJ, que establece que las decisiones judiciales de la Corte sólo son vinculantes *inter partes*, no *erga omnes*.

Sin embargo, en su sentencia del caso *Radilla Pacheco*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el Estado tenía la obligación de implementar no solamente lo que se había decidido en dicho caso, sino los desarrollos y decisiones contenidas en la ju-

---

<sup>141</sup> Este documento, una declaración de principios y derechos, ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que contiene algunas disposiciones que han alcanzado el estado de principios generales de derecho internacional, que son obligatorios para los Estados que han aceptado su competencia, dado su reconocimiento como prerrogativas básicas de la naturaleza humana.

jurisprudencia regional en materia de justicia militar.<sup>142</sup> De tal manera, lo que la Corte hizo específicamente fue ampliar el horizonte jurídico que imponía obligaciones al Estado, que pudo constatar una evolución de los efectos de la sentencia, para pasar de ser *inter partes* a tener un carácter de obligación *erga omnes*, aplicable a todos Estados parte en el hemisferio.<sup>143</sup>

Lo que la Corte logró con esta sentencia, que también había hecho en otros casos previos, fue determinar la constitución de un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, aplicable a los Estados que están sujetos a su jurisdicción. Así, la jurisprudencia constante de los tribunales y cortes internacionales han llevado en ciertas ocasiones al desarrollo de principios generales de derecho internacional y de normas consuetudinarias internacionales, aunque sólo sean aplicables —en el caso de la costumbre regional— a un número determinado de Estados.

Lo que ambos ejemplos muestran es que a pesar de que las fuentes del derecho internacional contenidas en el Estatuto de la CIJ no han evolucionado, los nuevos desarrollos e interpretaciones han ampliado su alcance, en algunas ocasiones con la clara intención de servir de mejor forma a los intereses de la justicia internacional en el ámbito de los derechos humanos. Puesto que éste es especialmente dinámico dentro del derecho internacional, resulta necesario adaptar el marco jurídico aplicable a la realidad a la que se enfrenta; lo anterior constituiría el fin teleológico del derecho, que es la regulación

---

<sup>142</sup> *Caso Radilla Pacheco v. México*, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2009, pars. 339-340.

<sup>143</sup> La Corte IDH llegó a la misma conclusión en el caso *Gelman*, donde señaló que aún cuando algunos Estados no sean partes de un procedimiento internacional, tienen ciertas obligaciones como resultado de los precedentes o jurisprudencia que hayan sido emitidos por el órgano regional de derechos humanos. *Caso Gelman v. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, pars. 67, 69.

de la conducta humana respecto a lo que debería ser, independientemente de lo que en realidad es.

Debido a las enormes dificultades para la elaboración de normas específicas y vinculantes del derecho internacional (a través de los tratados), y de la incertidumbre de lo que constituyen los principios y reglas consuetudinarias del derecho internacional, el *soft law* ha ganado un importante reconocimiento como uno de los pasos iniciales para el desarrollo de una práctica estatal general. En ese sentido, algunos comentarios se plantearán en la próxima sección, especialmente en relación a la cuestión de la responsabilidad empresarial por su participación en abusos a derechos humanos.

## *2. El papel del soft law, o una llamada permanente respecto a la reconsideración de las fuentes del derecho internacional*

En opinión de Pierre-Marie Dupuy, el *soft law* es un término paradójico que define un fenómeno ambiguo en el ámbito del derecho internacional. Primeramente, debido a que la norma jurídica usualmente es considerada como obligatoria, característica ausente del *soft law*. En segundo término, debido a que sus efectos jurídicos varían de manera importante según el ámbito y situación en concreto, lo cual lo vuelve difícil de identificar y clasificar.<sup>144</sup> Aunque es cierto que el *soft law* no ha sido reconocido como una fuente formal del derecho internacional, e incluso se duda que tenga efectos más allá de los declarativos, se ha convertido en una herramienta útil para hacer que los Estados participen en la discusión y elaboración de declaraciones y otros tipos de documentos internacionales que muestran el *status quo* de una cuestión específica en un momento determinado. Por tanto, ha sido importante para hacer avanzar cuestiones que probable-

---

<sup>144</sup> Dupuy, P.M., 'Soft Law and the International Law of the Environment', *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, N° 2, 1991, p. 420.

mente no habrían tenido el apoyo suficiente para ser discutidas en un proceso intergubernamental para la elaboración de un tratado.<sup>145</sup>

La multitud de instrumentos de *soft law* son evidencia de esta realidad, y reflejan también la naturaleza descentralizada del derecho internacional, la falta de un legislador internacional o incluso de la estructura internacional político-jurídica que se asemeje a la de un Estado. En su estado actual, la arena internacional se ha convertido en un caos organizado en el que el derecho vinculante —en forma de tratados, normas consuetudinarias y principios generales— es retado e interactúa constantemente entre sí y con instrumentos de *soft law*, borrando las delgadas líneas que existían anteriormente para distinguir lo que la práctica estatal es y el significado del concepto de ‘práctica general’. Ante dicha situación, es importante analizar el papel que el *soft law* tiene actualmente en algunos ámbitos del campo de los derechos humanos, y cómo puede ser utilizado en el contexto de las empresas y los derechos humanos.

Para empezar, el *soft law* se encuentra actualmente incrustado en el derecho internacional. Es una herramienta importante utilizada por los Estados en los foros internacionales (y por consecuencia, una práctica estatal internacional) y una fuente para la interpretación y consideración por —al menos— los tribunales regionales de derechos humanos. En ese sentido, el *soft law* es un desarrollo internacional que ha ayudado a los Estados y otros actores no estatales a enfrentar con distintos grados de éxito los efectos que la globalización ha producido mundialmente. La principal pregunta relacionada a esto es si

---

<sup>145</sup> Cárdenas Castañeda, F.A., *op. cit.*, p. 369: “...soft law... instruments... emerged as a response to the legal need faced by the international community. They are the result of reality modeling international law, of international practice modeling the sources!” Ver también Reisman, W. M., ‘The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-First Century: Constitutive Process and Individual Commitment’, *Collected Courses*, Vol. 351, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 132-135, donde el autor analiza el valor del soft law en comparación con el derecho positivo.

los instrumentos de *soft law* pueden ser útiles para desarrollar e imponer obligaciones vinculantes a los Estados y otros actores internacionales, lo que ha sido denominado el “endurecimiento” del *soft law*.<sup>146</sup> Tomando en consideración el estado actual del derecho internacional, la opción más viable sería su endurecimiento a través del desarrollo de una regla consuetudinaria o de un principio general de derecho internacional.<sup>147</sup> Para efectos de este artículo, nos concentraremos en el desarrollo de la norma consuetudinaria.<sup>148</sup>

Para que el *soft law* se convierta en una norma vinculante, algunos de los elementos clásicos de la formación del derecho internacional positivo deben converger, pero debido al enfoque diferenciado con el que las declaraciones y directrices son tratadas por los Estados, algunas de ellas podrían ya estar incorporadas en su participación para la adopción de instrumentos que contienen tales disposiciones no vinculantes.<sup>149</sup> Ciertamente, cualquier disposición que transite

---

<sup>146</sup> Para algunas referencias sobre el endurecimiento del *soft law* en el contexto de derechos humanos y empresas, véase Bernaz, N., op. cit., p. 15; y Deva, S., ‘Multinationals, Human Rights and International Law: How to Deal with the Elephant in the Room’, Paper presented at the GLOTHRO Workshop on the Direct Human Rights Obligations for Corporations (Eslovenia, enero de 2013), p. 9.

<sup>147</sup> Simma, B. & Alston, P., ‘The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens* and General Principles’, *Australian Yearbook of International Law*, n° 82, 1992, p. 105: “...what is required for the establishment of human rights obligations *qua* general principles is essentially the same kind of convincing evidence of general acceptance and recognition... in order to arrive at customary law.”

<sup>148</sup> Para un análisis detallado sobre el potencial del desarrollo de algunos elementos de los Principios Rectores sobre las empresas y derechos humanos como principios generales del derecho, véase Cantú Rivera, H., “Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos” en Cantú Rivera, H. (coord.), *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2017, pp. 59-68.

<sup>149</sup> Thirlway, H.W.A., *International Customary Law and Codification: An Examination of the Continuing Role of Custom in the Present Period of Codification of International Law*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1972, p. 66: “...[UN] resolutions can themselves constitute practice of States, or express the *opinio juris*, so as to be creative of customary law.” Ver también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva, Corte Internacional de Justicia, 8 de julio de 1996, par. 70: “The Court notes that General Assembly resolutions, even

eventualmente hacia una obligación parcialmente obligatoria debe contar con el prerequisite de práctica estatal, ya que sin el uso generalizado de su contenido, no existirían posibilidades de “endurecimiento”. Por otra parte, el elemento subjetivo (*opinio juris*) también debe estar presente para que se desarrolle una norma de costumbre internacional.<sup>150</sup>

Durante mucho tiempo se ha discutido el conjunto particular de circunstancias ligadas al *opinio juris*, particularmente en el marco de organismos multilaterales como las Naciones Unidas. En este sentido, la pregunta sobre lo que la adopción unánime implica para un proyecto normativo (especialmente en instrumentos no vinculantes) ha tenido una relevancia importante; algunos consideran que la adopción de una resolución por una mayoría suficiente considerada como generalmente representativa le otorgaría una autoridad que sería difícil de objetar, particularmente sobre la base de una inexistencia o falta de comprobación del *opinio juris*.<sup>151</sup> Lo anterior es especialmente pertinente si se examina a la luz de las reglas adoptadas recientemente en el ámbito de la responsabilidad empresarial, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

Dicho instrumento es el resultado del mandato de seis años del Profesor John Ruggie como Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, que fueron adoptados de forma unánime y avalados por el

---

if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. [...] Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule.”

<sup>150</sup> Cfr. D’Amato, A., ‘On Consensus’, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 8, 1970, p. 111, donde señala que tanto el *opinio juris* como la práctica estatal son interdependientes: “...although the traditional view of customary law is that it contains two constitutive elements, the material and the psychological, in fact the material element of usage is “purely evidentiary.”... there is no need of any usage or practice provided that the *opinio juris* can be clearly established.”

<sup>151</sup> Thirlway, H.W.A., *op. cit.*, p. 66.

Consejo de Derechos Humanos el 6 de julio de 2011.<sup>152</sup> Como un desarrollo de *soft law*, normalmente sólo serían directrices para los Estados, con el objeto de abordar los impactos negativos que las actividades empresariales puedan generar al interior de sus fronteras. Sin embargo, el hecho de que fueron adoptados de forma unánime podría también reflejar una preocupación y una creencia común de los Estados sobre que las directrices del instrumento son un estándar mínimo globalmente aceptado en torno al respeto de los derechos humanos por las empresas. De ser cierto, existiría un argumento importante sobre que la unanimidad en su adopción fue un reflejo de *opinio juris*, el elemento subjetivo que yace en el centro de las reglas consuetudinarias,<sup>153</sup> y que podría eventualmente constituir la base para el desarrollo de una norma consuetudinaria de derecho internacional.

De la misma manera, podría señalarse la actividad diplomática de los Estados que participaron en la adopción de los Principios Rectores, ya que no puede negarse que cuando una resolución es adoptada formalmente en una organización tan universal como las Naciones Unidas, la resolución es más que las declaraciones o deseos consistentes de los Estados miembros.<sup>154</sup> Así, como señalan Wouters y Ryngaert, la práctica estatal verbal —que se refleja a través de los pronunciamientos durante la discusión de temas en organizaciones multilaterales— usualmente es una evidencia tanto de práctica estatal como de la creencia de un Estado particular sobre el tema discutido, lo que cump-

---

<sup>152</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/RES/17/4 (6 de julio de 2011).

<sup>153</sup> D'Amato, A., *op. cit.*, p. 106: "If all states subscribe to a declaration that a particular formula expresses an existing rule of law, then that is the end of the matter, for what states believe to be international law is international law common usage."

<sup>154</sup> Thirlway, H.W.A., *op. cit.*, p. 65.

liría con los elementos material y psicológico para la formación del derecho internacional consuetudinario.<sup>155</sup>

A pesar de la afirmación previa, que podría ser debatible, otro conjunto de prácticas estatales que son externas a las Naciones Unidas o al Consejo de Derechos Humanos son claras muestras de que los Principios Rectores están siendo por lo menos considerados como una regla emergente del derecho internacional. Lo anterior se puede constatar en la adopción de distintos planes de acción y en la implementación de los Principios Rectores a través del mundo, como es el caso de la Unión Europea y sus Estados miembros (con las guías de la Comisión Europea para distintos sectores industriales, así como en el desarrollo e implementación de planes de acción nacional), o de ciertos países de la región latinoamericana.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que la acción del Estado puede referirse a los actos de cualquiera de sus órganos, incluyendo por ejemplo el trabajo de las instituciones nacionales de derechos humanos, que pueden contribuir a la implementación, difusión y crecimiento en una cultura jurídica determinada de los valores y principios contenidos en una resolución de las Naciones Unidas.<sup>156</sup> Asimismo, su utilización por los tribunales nacionales puede reflejar una práctica estatal,<sup>157</sup> que sería útil para el desarrollo de una norma consuetudinaria independientemente de los efectos que una serie de resoluciones judiciales pueda generar en un marco jurídico nacio-

---

<sup>155</sup> Wouters, J. & Ryngaert, C., *op. cit.*, p. 115.

<sup>156</sup> Sobre esta cuestión, véase Cantú Rivera, H., 'Business & Human Rights: From a "Responsibility to Respect" to Legal Obligations and Enforcement' en Letnar Cernic, J., y Van Ho, T. (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2015.

<sup>157</sup> Cançado Trindade, A.A., *op. cit.*, p. 159: "...just as judicial decisions of international tribunals can clarify certain questions of International Law and also of domestic law, judicial decisions of national tribunals can likewise do so when dwelling upon questions of International Law."

nal.<sup>158</sup> Como se ha señalado previamente, la interpretación reiterada del *soft law* por los tribunales (como en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ha fomentado el desarrollo de ciertos criterios como elementos obligatorios, que tendrían que ser respetados por los Estados bajo su jurisdicción.

Por ello, una práctica global más consistente podría eventualmente llevar al desarrollo de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario, si el *opinio juris* expresado en la resolución del Consejo de Derechos Humanos por la que se adoptaron los Principios Rectores es interpretado como la expresión de aceptación de la comunidad internacional de estándares mínimos tanto para Estados como para empresas en relación a los efectos e impactos que las actividades de éstas pueden tener en el goce de los derechos humanos.

Aunque ciertamente algunos Estados podrían oponerse a la interpretación de esta resolución como una expresión de una creencia general de la comunidad internacional, y se basarían en un enfoque tradicional respecto a la formación del derecho consuetudinario —que requiere principalmente práctica estatal, y en segundo término *opinio juris*—, lo cierto es que la práctica tanto internacional como a nivel interno usualmente reflejan los desarrollos jurídicos que los métodos formales de determinación del derecho internacional difícilmente pueden alcanzar, debido a los diferentes ritmos a los que están sujetos la realidad y el derecho.

#### IV. CONCLUSIONES GENERALES

Un par de conclusiones generales pueden plantearse de los argumentos expuestos en los párrafos precedentes, particularmente agrupados

---

<sup>158</sup> Como sería el caso, por ejemplo, del desarrollo de jurisprudencia que convirtiera a los Principios Rectores en un parámetro obligatorio en el derecho interno.

en los dos grandes temas que fueron discutidos: extraterritorialidad y el endurecimiento del *soft law*.

1. Sobre la extraterritorialidad: la sentencia de la Suprema Corte en Kiobel lleva a inferir que un enfoque particularmente estricto será mantenido en los próximos casos basados en el Alien Tort Statute. Por ello, un vínculo con los intereses o la nacionalidad estadounidense será necesario para que los tribunales asuman jurisdicción, mientras que los casos enteramente extraterritoriales probablemente serán excluidos *prima facie* de su competencia. Sin embargo, el hecho de que los tribunales de otros países estén abordando casos con elementos de extraterritorialidad probablemente cambiará el enfoque a las víctimas, que continuarán buscando el ámbito jurisdiccional más apropiado para que el fondo de sus casos sea examinado.

Sin embargo, bajo el derecho internacional de los derechos humanos, es necesario desarrollar un instrumento no vinculante en el que los Estados puedan confiar para guiarlos en los procesos relativos a la adjudicación extraterritorial. Como ya se ha señalado, un instrumento de *soft law* podría tener mayores oportunidades de evolucionar a una obligación vinculante para los Estados, que el crear un tratado internacional en esta materia, y normalmente presentaría una oportunidad interesante para desarrollar estándares si varios Estados juzgan casos que involucran elementos de extraterritorialidad. Debido a la existencia de cierto nivel de práctica en este ámbito, parecería que un instrumento internacional concebido a través de la maquinaria del Consejo de Derechos Humanos o del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas podría ser útil para determinar estándares internacionales no vinculantes, ofreciendo por consecuencia directrices en uno de los temas políticamente más complejos en materia de derechos humanos.

2. En relación al endurecimiento del *soft law*: para que el *soft law* pueda ser algo más que simples ejercicios y referencias diplomáticas o académicas sin un carácter vinculante, será necesaria una práctica fre-

cuenta por los diferentes actores de la comunidad internacional. Como ha sucedido con algunos ejemplos —como la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, o con varios principios ambientales contenidos en las declaraciones onusinas—, la práctica y una aceptación general de los Estados los ha elevado por lo menos al rango de principios generales del derecho internacional, lo que podría considerarse como el elemento más débil de las fuentes del derecho internacional. Sin embargo, el uso continuo genera la posibilidad de convertirlas en derecho positivo, ya sea a través del enfoque tradicional que prioriza la práctica del Estado, o como una confirmación del *opinio juris* general que es favorecido en el ámbito de los derechos humanos, evolucionando a una regla consuetudinaria. Aunque algunos Estados —usualmente los más poderosos— puedan ser reticentes a aceptar su caracterización como normas vinculantes (debido a su fuente), el uso y la implementación por un número creciente de Estados podría eventualmente presionar a dichos objetores a aceptarlos, tal vez en circunstancias limitadas, como reglas que podrían ser consideradas y percibidas como obligatorias por la comunidad internacional.

Aunque algunos de esos desarrollos no se lograrán fácilmente, debemos tener en cuenta que esta es la característica básica del derecho internacional general: serán necesarios procesos largos para que la comunidad internacional de Estados acepte y trate de regular eventualmente los retos planteados por una realidad en continua transformación.

# LA OCDE Y LOS DERECHOS HUMANOS: EL CASO DE LAS DIRECTRICES PARA EMPRESAS MULTINACIONALES Y LOS PUNTOS DE CONTACTO NACIONAL\*

## I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos es un tema que ha recibido una cantidad significativa de atención en la última década, particularmente en relación al mandato en la Organización de las Naciones Unidas que culminó con la adopción de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en el 2011. Iniciativas regionales y nacionales de implementación de estos principios de las Naciones Unidas se encuentran en desarrollo, particularmente en Europa, y nuevos desafíos aparecen en el horizonte a nivel internacional.

Sin embargo, una iniciativa que ha recibido una atención considerablemente menor son las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. A pesar de no ser una nueva iniciativa —figuran en el escenario internacional desde 1976—, fueron revisadas por última vez en 2011, y adaptadas a la nueva constelación de instrumentos internacionales que se refieren a la responsabilidad de las empresas de, por lo menos, respetar los derechos humanos en el marco de sus actividades y operaciones. En este sentido, las Directrices contienen recomendaciones sobre derechos humanos en uno de sus capítulos, mientras que tratan otros temas como las relaciones laborales, el medio ambiente o la corrupción, en otros. Así, constituyen un marco

\* *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XV, 2015.

de referencia más amplio que el propuesto por el mandato de la ONU en 2011, concentrado exclusivamente en el impacto en los derechos humanos.

Este tema es de particular importancia para México, por dos motivos esenciales: en primer lugar, México continúa siendo un receptor importante de inversión extranjera directa en América Latina,<sup>159</sup> por lo que la presencia de empresas multinacionales en el país es constante. En vista de ello, es importante encontrar un balance efectivo entre la generación de desarrollo económico y el respeto a los derechos humanos, con el objetivo de que la inversión extranjera directa en México no sólo produzca riqueza económica, sino que contribuya a la mejora de las condiciones sociales en el país. En segundo lugar, México es uno de los Estados Miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, y por tanto, una cantidad importante de tratados internacionales, convenciones y declaraciones son en principio aplicables para el Estado mexicano. Dentro de ellas se encuentra la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, de la que las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son parte. Por ello, es importante tener consciencia del contenido de este instrumento, el funcionamiento de su mecanismo y los objetivos que su implementación persigue.

Este artículo busca presentar de manera sucinta el desarrollo y contenido de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, así como el funcionamiento y algunas experiencias de su mecanismo de implementación. A comparación de otros instrumentos internacionales, como el descrito anteriormente de las Naciones Unidas,

---

<sup>159</sup> Según el último Informe Mundial de Inversión, México y Brasil continúan siendo las dos mayores economías del subcontinente latinoamericano. UNCTAD, *World Investment Report 2014*, p. 63: “In Brazil and Mexico - the two biggest economies, where the region’s FDI to the manufacturing sector is concentrated - FDI is driven by two different strategies; export-oriented in Mexico (efficiency-seeking) and domestic-market-oriented in Brazil (market-seeking).”

estas Directrices han recibido poca atención por parte de la comunidad jurídica a nivel internacional, y ciertamente en México han existido escasas referencias académicas sobre su funcionamiento;<sup>160</sup> en vista de lo anterior, se considera pertinente abordar este tema. Tras esta breve introducción, el artículo presenta en su segunda sección algunas breves referencias al origen de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y el ingreso de México a la misma; una tercera sección hace referencia al origen de las Directrices para Empresas Multinacionales en 1976, haciendo algunos apuntes sobre los cambios de los que fueron objeto en diversas revisiones, hasta llegar a la penúltima revisión, del año 2000.

Posteriormente, el cuarto capítulo se centra en examinar la revisión del año 2011, que de cierta forma fue una revisión integral de las Directrices, con el objeto de reflejar los principales cambios en el escenario internacional de las inversiones; una quinta sección hace referencia a los Puntos de Contacto Nacional, el mecanismo de implementación de las Directrices, revisando algunos de los cambios principales que ha sufrido desde su aparición en 1984 y su consolidación a partir del año 2000, incluyendo los más recientes en la revisión del 2011. Antes de presentar algunas conclusiones generales sobre el aporte que hacen las Directrices al tema de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, se hacen algunos breves comentarios sobre los casos que han sido presentados ante el Punto de Contacto Nacional de México, para tratar de analizar algunas de las características y patrones que han estado presentes en la actuación de este mecanismo. De esta manera, el artículo intenta presentar de forma breve esta interesante e importante faceta en el tema de los derechos humanos y las empresas.

---

<sup>160</sup> Incluso reciben poca difusión por parte del Gobierno mexicano, a pesar del compromiso adquirido en el marco de la OCDE.

## II. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) fue creada en 1960, como resultado del tratado internacional<sup>161</sup> acordado para reconstituir a la Organización para la Cooperación Económica Europea (OCEE), que había estado a cargo de ejecutar el Plan Marshall, tras la Segunda Guerra Mundial, para la reconstrucción de Europa. El 14 de diciembre de 1960, los Estados Unidos de América y Canadá determinaron unirse a los miembros de la OCEE y establecer una nueva organización internacional, la OCDE, cuyo objetivo sería la promoción de políticas destinadas a lograr el mayor crecimiento económico y de generación de empleos posible, así como la mejora del nivel de vida, en sus países miembros, de una manera sustentable que permitiera mantener una estabilidad financiera y contribuir al desarrollo de la economía mundial;<sup>162</sup> contribuir a una expansión y desarrollo económicos saludables en los distintos países del mundo, independientemente de su carácter como miembros de la organización;<sup>163</sup> y contribuir a la expansión multilateral y equitativa del comercio internacional.<sup>164</sup> La entrada en vigor de la Convención tuvo lugar el 30 de septiembre de 1961, conforme a lo estipulado por su artículo 14.3, con lo cual formalmente nació la OCDE, señalándose como su sede principal la ciudad de París<sup>165</sup> —actualmente en el *Château de la Muette*— y como depositario de los instrumentos de ratificación o aceptación al Gobierno francés.<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> *Convención sobre la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (14 de diciembre de 1960), Preámbulo.

<sup>162</sup> *Ibid.*, art. 1.a).

<sup>163</sup> *Ibid.*, art. 1.b).

<sup>164</sup> *Ibid.*, art. 1.c).

<sup>165</sup> *Ibid.*, art. 18.

<sup>166</sup> *Ibid.*, art. 14.2.

A los 20 Estados Miembros originales en 1960, se han añadido 14 nuevos países, contando en la actualidad esta organización con 34 Estados Miembros, aunque se analiza la entrada de otros cinco países, dentro de los que se encuentran Rusia y Colombia. La principal intención de la organización es la definición de políticas económicas y sociales a nivel internacional que coadyuven al desarrollo de los diferentes países del mundo.<sup>167</sup> Siendo una organización intergubernamental, tiene como misión la identificación de soluciones a problemas comunes en las diferentes regiones del planeta y a nivel internacional, con la intención de generar crecimiento sostenido a nivel mundial; no obstante, no sólo participan en la definición de tales políticas sus Estados Miembros, sino que además trabaja de cerca con dos comités asesores —uno representando a la industria y los negocios, otro a los sindicatos y organizaciones de trabajadores—, con la finalidad de diseñar políticas públicas internacionales que ayuden al desarrollo de una sociedad internacional abierta y justa.

Si bien su compromiso principal es con el mantenimiento y expansión de las economías de mercado, apoyadas por instituciones democráticas y concentradas en el bienestar de los ciudadanos, la labor de la OCDE cubre diferentes áreas que no se limitan exclusivamente a aspectos económicos. De tal forma, su trabajo incluye acciones en áreas como la gobernanza, la lucha contra la corrupción, la responsabilidad empresarial, la educación, la salud, el desarrollo, la in-

---

<sup>167</sup> Herdegen, M., *Principles of International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 32: “The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) was established as a forum for cooperation for Western industrialized countries and now includes important emerging countries (such as Mexico, Chile and Turkey). In the near future, Russia will also join. By coordinating the economic and monetary policies of its members, the OECD has gained significant importance. Additionally, the OECD supports the economic development of developing countries through its Development Assistance Committee which comprises 24 OECD Member States as well as the European Commission. The World Bank, the IMF, and the United Nations Development Programme (UNDP) participate as observers.”

versión internacional, los impuestos o el medio ambiente, fomentando la cooperación, el diálogo, el consenso y la revisión por pares.<sup>168</sup>

México es un Estado Miembro de la OCDE desde mayo de 1994, y es uno de los dos países de América Latina que tienen tal calidad en la organización (siendo el otro miembro la república chilena). Como uno de los principales receptores de inversión extranjera directa en el continente y gracias a su política neoliberal desde la década de 1980, su identificación como un país “en vías de desarrollo” lo colocaría en una situación privilegiada al poder discutir sobre políticas de desarrollo económico y social con otros Estados industrializados en este foro, cuyas empresas han tradicionalmente establecido subsidiarias y sus operaciones en el país. Lo anterior resulta de especial importancia si se toma en cuenta el énfasis que se ha hecho a nivel internacional sobre la actuación de las empresas transnacionales, usualmente provenientes de países industrializados, en sus operaciones en países en vías de desarrollo. También resulta trascendente al considerar que México ya no sólo recibe inversión extranjera directa, sino que también la exporta, a través de las operaciones de distintas multinacionales, como *inter alia* Cemex, Televisa, Grupo Alfa o América Móvil. En virtud de ello, es pertinente analizar el desarrollo que sobre esta cuestión ha tenido lugar en el seno de la OCDE, desde 1976 a la fecha, para tratar de visualizar el potencial efecto que tales iniciativas internacionales podrían generar en México.

### III. LA DECLARACIÓN DE LA OCDE DE 1976 SOBRE INVERSIÓN INTERNACIONAL Y EMPRESAS MULTINACIONALES, Y LAS DIRECTRICES PARA EMPRESAS MULTINACIONALES

Una consideración importante que debe tenerse en cuenta al examinar el desarrollo de las preocupaciones extra-económicas de la Organi-

<sup>168</sup> Para una visión detallada sobre la labor y áreas de trabajo de la OCDE, véase OCDE, *Secretary-General's Report to Ministers*, París, OCDE, 2014, pp. 54-63.

zación para la Cooperación y el Desarrollo Económico es el contexto histórico y geopolítico en que éstas se dieron. Las décadas de 1960 y 1970 vieron la aparición de nuevos Estados con amplios recursos naturales, pero con una limitada participación en la política y economía internacionales. En razón de ello, hubo una llamada a desarrollar un nuevo orden económico internacional en el que se incluyera la participación de los nuevos países independientes, particularmente en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.<sup>169</sup>

Asimismo, se buscó limitar y regular dentro de esa discusión las actividades de las empresas transnacionales,<sup>170</sup> con la finalidad de proteger las economías de los países en donde éstas operaban,<sup>171</sup> en su mayoría países en vías de desarrollo.<sup>172</sup> Así, en 1974 apareció en el seno

---

<sup>169</sup> Asamblea General, *Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional*, A/RES/S-6/3201 (1º de mayo de 1974)

<sup>170</sup> Algunos estudios contemporáneos a esa época se enfocaban ya a esas cuestiones. Véase por ejemplo Fajnzylber, F. & Martínez Tarragó, T., *Las empresas transnacionales: Expansión a nivel mundial y proyección en la industria mexicana*, México, FCE, 1974, pp. 26-27: “Recentemente, sin embargo, ha habido una toma de conciencia por parte de los países receptores, sean o no a su vez países de origen de la inversión extranjera, motivada por el conocimiento de que el poder que han adquirido las mismas atenta contra la autonomía económica y política de las naciones, y que sus sistemas de operación escapan al control del país de destino, sino inclusive del país de origen.” Ver también Sepúlveda Amor, B., Pellicer de Brody, O. & Meyer, L., *Las empresas transnacionales en México*, México, El Colegio de México, 1974.

<sup>171</sup> Véase Rasche, A., ‘The United Nations and TNCs: How the UN Global Compact Has Changed The Debate’, in Lawrence, J. & Beamish, P. (Eds.), *Globally Responsible Leadership: Managing According to the UN Global Compact*, Thousand Oaks, Sage, 2013, p. 34: “As the reach of TNCs gained momentum throughout the late 1960s and early 1970s, the UN started to look into their social and economic impact on nations, particularly the developing world. At this time, the UN saw the existence of TNCs largely as a reason for concern, mostly because cross-border economic activities were believed to disadvantage host countries (in many cases developing nations).” Véase también Keller, H., ‘Corporate Codes of Conduct and their Implementation: The Question of Legitimacy’, in Wolfrum, R. & Röben, V. (Eds.), *Legitimacy in International Law*, Berlín, Springer, 2008, p. 227.

<sup>172</sup> Asamblea General, *Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional*, A/RES/S-6/3201 (1º de mayo de 1974), pár. 4.g.: “Regulación y supervisión de las actividades de las corporaciones transnacionales a través de la adopción de medidas en favor de las economías nacionales de los países donde tales corporaciones transnacionales operan, ba-

de la ONU una iniciativa para desarrollar un código de conducta para empresas transnacionales,<sup>173</sup> que estableciera obligaciones derivadas del derecho internacional y un mecanismo de supervisión. El Proyecto de Código de Conducta para Empresas Transnacionales,<sup>174</sup> dividido en tres secciones principales y cuya última versión data de 1990, contemplaba imponer ciertas obligaciones a las actividades de las empresas transnacionales, establecer reglas generales para el trato que éstas debían recibir en los Estados donde operaran, así como las medidas a adoptar para la implementación del Código de Conducta, tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, la división ideológica entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo, así como la falta de consenso y la imposibilidad de concretar acuerdos en una cantidad importante de temas, llevaron al abandono del proyecto en 1992.<sup>175</sup> No obstante ello, al mismo tiempo que comenzaba el debate en el seno de las Naciones Unidas en torno al Código de Conducta para Empresas Transnacionales, los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico iniciaron un proceso propio en ese frente.<sup>176</sup>

---

sadas en la completa soberanía de esos países.” Sobre el Código de Conducta de la ONU para Empresas Transnacionales, véase también Cantú Rivera, H.F., ‘Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del *status quo*?’ , *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 316-319.

<sup>173</sup> Véanse Muchlinski, P. T., *Multinational Enterprises & The Law*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 660-662; y Newcombe, A. & Paradell, L., *Law and Practice of Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 33, quien hace breves referencias al Proyecto de Código de Conducta de la ONU sobre Corporaciones Transnacionales, y a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

<sup>174</sup> Consejo Económico y Social, *Proyecto de código de conducta para empresas transnacionales*, E/1990/94 (21 de mayo de 1990).

<sup>175</sup> Feeney, P., ‘Empresas y derechos humanos: La lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agenda de incidencia’, *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 6, No. 11, 2009, p. 178: “...el proceso de elaboración de este Código de Conducta de Naciones Unidas enfrentó una dura resistencia de parte de gobiernos poderosos del norte, donde muchas ETNs tenían sus sedes.”

<sup>176</sup> Para una visión contemporánea a esos desarrollos que hacía una comparación de los mismos, véase Seidl-Hohenveldern, I., ‘International Economic Law: General Course on Public

En 1976, la OCDE adoptó la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales,<sup>177</sup> un compromiso político de los Estados Parte de la OCDE para mejorar el ámbito de las inversiones, alentar la contribución de las empresas multinacionales al progreso económico y social, y reducir y resolver las dificultades que surgieran como resultado de sus operaciones. La Declaración se encuentra conformada por cuatro elementos (las Directrices para Empresas Multinacionales, el Trato Nacional, las Exigencias Contradictorias,<sup>178</sup> y los Incentivos y Desincentivos para la Inversión Internacional), en los cuales los gobiernos determinan tomar en consideración las medidas y propuestas acordadas para implementarlas en el ámbito de su competencia y jurisdicción.

En relación al Trato Nacional, los gobiernos de los Estados Parte de la OCDE acordaron asegurar a las empresas de origen extranjero que operen en su territorio la recepción de un trato no discriminatorio en relación al recibido por las empresas nacionales en situaciones similares;<sup>179</sup> de la misma forma, los Estados acordaron cooperar para

---

International Law', *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 198, Leiden, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 41-42.

<sup>177</sup> OCDE, *Declaración sobre inversión internacional y empresas multinacionales* (21 de junio de 1976); sobre los orígenes de las Directrices de la OCDE, véase Muchlinski, P. T., *op. cit.*, pp. 658-659.

<sup>178</sup> Este elemento, sin embargo, no se contemplaba explícitamente en la versión original de la Declaración sobre inversión internacional y empresas multinacionales de 1976. Fue adoptado en la revisión hecha en 1991 a la Declaración.

<sup>179</sup> Para tal efecto, el instrumento establecido en torno al Trato Nacional contiene dos elementos: una declaración de principios —contenida en la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales— y una Decisión del Consejo de la OCDE sobre el procedimiento que data de 1991, por el que los Estados adherentes deben comunicar sus excepciones al Trato Nacional y que establece un mecanismo de seguimiento para tratar tales excepciones. El instrumento de Trato Nacional no es vinculante para los países adherentes, aunque existe un acuerdo unánime desde 1988 entre todos los países adherentes de no presentar nuevas excepciones al Trato Nacional. OCDE, *The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises: Basic Texts*, 2012, pp. 29-32. Para una mayor profundización sobre el Trato Nacional desde una perspectiva académica, véanse Muchlinski, P. T., *op. cit.*, pp. 621-628; Reinisch, A., *Recent Developments*

evitar o minimizar la imposición de exigencias contradictorias a las empresas multinacionales,<sup>180</sup> y reconocieron la necesidad de dar debida consideración al interés de los países adherentes a la Declaración que hayan sido afectados por legislación o prácticas en el ámbito de la inversión internacional, así como de que las medidas adoptadas a nivel doméstico sean lo más transparentes posible.<sup>181</sup>

---

*in International Investment Law*, París, Pedone, 2009, pp. 23-27; y Shan, W., 'Towards a Balanced Liberal Investment Regime: General Report on the Protection of Foreign Investment', *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25:2, 2010, pp. 438: "National treatment (NT) is the other main standard that underpins the principle of non-discrimination under investment treaties. The purpose of this clause is to oblige a host state to make no negative differentiation between foreign and national investors."

<sup>180</sup> Originalmente, se adoptaron algunas consideraciones generales y estrategias prácticas. Dentro de las consideraciones generales, los Estados acordaron que al contemplar la realización de ciertas acciones —adopción de nueva legislación u otro ejercicio jurisdiccional— que puedan imponer requisitos contradictorios a la ley o políticas de un país miembro, deberán tener en consideración los principios aplicables del derecho internacional, tener moderación y respetar los intereses de los demás países, tomar en cuenta la soberanía e intereses legítimos de los otros países miembros, y dar debida consideración a la importancia del cumplimiento de las obligaciones contractuales y al posible impacto adverso de medidas con efecto retroactivo; asimismo, acordaron promover la cooperación y consulta colectiva para la solución de problemáticas. Respecto de las estrategias prácticas, acordaron hacer énfasis en la cooperación bilateral, sin descartar las prácticas multilaterales, y dar debida consideración a los intereses de otros Estados miembros cuando las medidas propias puedan afectar sus intereses. Sin embargo, a través de la Decisión del Consejo sobre exigencias contradictorias de 1991, se determinó que las consultas derivadas de la posible existencia de exigencias contradictorias se llevaran ante el Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, que actúa como foro para la consideración de tales cuestiones, y donde las partes cooperarán de buena fe. Igualmente, se determinó invitar al Comité Asesor para Empresas e Industria (BIAC - *Business and Industry Advisory Committee*) y al Comité Asesor Sindical (TUAC - *Trade Union Advisory Committee*) a emitir sus opiniones respecto a asuntos relativos a exigencias contradictorias. OCDE, *The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises: Basic Texts*, 2012, p. 33.

<sup>181</sup> El instrumento sobre Incentivos y Desincentivos para la Inversión Internacional enfatiza la necesidad de fortalecer la cooperación internacional en el área de la inversión extranjera directa, de dar debida importancia a las medidas que incentiven o desincentivan la inversión, y que tales medidas sean lo más transparentes posibles. La Segunda Decisión del Consejo de la OCDE sobre este tema, de 1984, establece que cualquier consulta que deba realizarse se presentará ante el Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales cuando un Estado miembro considere que sus intereses puedan ser afectados adversamente,

A pesar de la trascendencia de los tres instrumentos anteriormente descritos,<sup>182</sup> el elemento más importante de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Transnacionales son sin duda alguna las Directrices para las Empresas Multinacionales. La impresión general que existió durante esa época en torno a este instrumento es que fue la respuesta directa de los países industrializados al proyecto de desarrollo de normas vinculantes para empresas transnacionales que se llevaba en el seno de la Comisión sobre Empresas Transnacionales de la ONU.<sup>183</sup> El objetivo de las Directrices fue establecer estándares aceptados de buenas prácticas para todas las empresas multinacionales operando en países miembros de la OCDE<sup>184</sup> —y posteriormente fuera de ellos<sup>185</sup>— con la finalidad de desarrollar

---

con el propósito de que se examine la posibilidad de reducir al máximo dichos efectos. Asimismo, los Estados parte que participen en los procedimientos de consulta deberán presentar toda la información permitida respecto a las medidas adoptadas, estando el Comité en posibilidad de invitar al BIAC y TUAC a emitir sus opiniones. *Ibid.*, p. 35.

<sup>182</sup> Kauzlarich refería en 1981 que los instrumentos contenidos en la Declaración (las Directrices, el Trato Nacional y los Incentivos a la Inversión) fueron el primer proyecto exitoso para lograr acuerdos multilaterales en esta área de las relaciones económicas internacionales, mismos que tenían como objetivo el establecimiento de expectativas de comportamiento para las empresas y los gobiernos sin un elemento legal. Véase Kauzlarich, R.D., 'The Review of the 1976 OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises', *The American University Law Review*, Vol. 30, 1981, p. 1010.

<sup>183</sup> Feeney, P., *loc. cit.*, p. 178: "Los países ricos, temiendo el surgimiento de una iniciativa global de la ONU para regular a las empresas, se dirigieron a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para una solución. [...] La OCDE quería, en primer lugar y ante todo, proteger a los inversionistas internacionales de la discriminación y expropiación por parte de los gobiernos de los países de acogida." Véanse también Newcomb, A. & Paradell, L., *op. cit.*, p. 33, quienes manifiestan que la Declaración de la OCDE de 1976 fue una respuesta de los Estados miembros de esa organización a la Declaración sobre un Nuevo Orden Económico Internacional y al proyecto de código de conducta para empresas transnacionales.

<sup>184</sup> Keller, H., *loc. cit.*, pp. 230-231.

<sup>185</sup> La Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Transnacionales de 1976 establecía originalmente lo siguiente: "that they jointly recommend to multinational enterprises operating in their territories the observance of the Guidelines as set forth in the Annex hereto having regard to the considerations and understandings which introduce the Guidelines and are an integral part of them;" OCDE, *Declaración sobre inversión internacional y empre-*

un parámetro internacional común en relación a la inversión extranjera, particularmente entre aquéllos países que exportaban capital. En sí, como principios voluntarios que los Gobiernos recomiendan a sus empresas,<sup>186</sup> constituyen estándares para generar una conducta empresarial responsable, en una expresión práctica del concepto de la responsabilidad social empresarial, al no ser legalmente exigibles.<sup>187</sup>

Al realizar una comparación entre las versiones iniciales del Proyecto de Código de Conducta de la ONU para Empresas Transnacionales y de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, resalta que las Directrices de la OCDE incluyeron en sus disposiciones la mayoría de los elementos que el proyecto de la ONU contemplaba en su sección sobre actividades empresariales en los ámbitos económico, financiero y social. Así, las Directrices de la OCDE contenían disposiciones relativas a la competencia, el financiamiento, los impuestos, el empleo y las relaciones industriales, y la ciencia y tecnología, que se reproducían de manera similar en el código de la ONU, con la excepción de lo relativo a la divulgación de información.

Sin embargo, no contemplaban las medidas generales sobre las que habían insistido mayormente los países en vías de desarrollo en el seno de la ONU, respecto a áreas como la soberanía nacional o la adhesión de las empresas a los objetivos económicos o socioculturales del país receptor de la inversión. Asimismo, las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales no contenían referencias explícitas

---

*sas multinacionales* (21 de junio de 1976), §I (Énfasis añadido); no fue sino hasta la actualización del año 2000 cuando se incluyó una referencia expresa a su aplicabilidad a las empresas que tuvieran su origen en un Estado Miembro de la OCDE, independientemente de su lugar de operaciones: “That they jointly recommend to multinational enterprises *operating in or from their territories* the observance of the Guidelines...” OCDE, *Declaración sobre inversión internacional y empresas multinacionales* (27 de junio de 2000), §I (Énfasis añadido)

<sup>186</sup> Kauzlarich estima que el rol de las Directrices es alentar a las empresas transnacionales a realizar una contribución positiva y a minimizar y resolver las dificultades que puedan aparecer en torno a sus operaciones. Kauzlarich, R.D., *loc. cit.*, p. 1027.

<sup>187</sup> Sobre este punto se ahondará mayormente en la siguiente sección.

sobre el trato que habrían de recibir las empresas, mientras que el proyecto de Código de Conducta de la ONU sí establecía medidas referentes a la nacionalización y compensación, a la competencia jurisdiccional o a la solución de controversias. Desde luego, el hecho de que el Código de Conducta de la ONU haya sido concebido como un instrumento obligatorio para las empresas, mientras que las Directrices de la OCDE están dotadas de un carácter voluntario<sup>188</sup> —y constituyen solamente recomendaciones prácticas de los gobiernos a las empresas respecto a estándares de conducta empresarial aceptados globalmente en el marco del derecho internacional de las inversiones—, se extiende hacia su contenido y se ve reflejado en la estructura de los instrumentos donde se concretaron las posturas de los distintos países intervinientes.<sup>189</sup>

Las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales han sido revisadas en diferentes ocasiones (en 1979, 1984, 1991, 2000 y 2011), en las que se han actualizado progresivamente conforme al desarrollo de la economía internacional, añadiéndose en tales revisiones

---

<sup>188</sup> Sobre esto, *cf.*: Rubin, S.J., 'Transnational Corporations and International Codes of Conduct. A Study of the Relationship Between International Legal Cooperation and Economic Development', *American University International Law Review*, Vol. 10:4, 1995, p. 1285: "Even codes explicitly declared to be "voluntary", such as the OECD Guidelines, may establish norms of conduct that would probably be observed —perhaps as much as if they were formally "mandatory." On the other hand, codes explicitly worded to create non-binding obligations may be considered interpretive of other explicitly binding agreements."

<sup>189</sup> En cierta forma, se puede considerar que resultó más sencillo lograr un consenso entre países con posiciones y condiciones similares en el seno de la OCDE, que en el vasto horizonte que representa la Organización de las Naciones Unidas. En ese sentido se expresa Kothari: "En premier lieu, le fait que l'Organisation soit constituée de 34 pays membres liés par des perspectives communes permet d'atteindre un consensus relativement rapide autour d'un nouveau standard, surtout si l'on compare l'OCDE à des organisations à caractère universel telles que les Nations Unies, qui doivent opérer un consensus entre 193 pays aux vues parfois totalement divergentes. De ce fait, l'OCDE a souvent été la première organisation intergouvernementale à trouver un accord sur un nouvel instrument répondant à un défi émergent." Kothari, G., 'L'élaboration des principes et standards à l'intention des entreprises: L'approche innovante de l'OCDE', in S.F.D.I., *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Paris, Pedone, 2013, p. 107.

diferentes elementos a su contenido sustantivo. De las últimas revisiones, uno de los principales desarrollos fue la creación de un mecanismo para dar seguimiento a las inconformidades que surgieran respecto a la implementación de las Directrices, que tuvo lugar en el año 2000. Otro desarrollo importante que también constituyó un paradigma fue la homogeneización de las Directrices con otros desarrollos normativos a nivel internacional relativos a la conducta empresarial, derivados particularmente de la Organización de las Naciones Unidas. A ambos casos nos referiremos en las siguientes secciones.

Otro elemento a considerar es que desde su versión original, las Directrices han contenido algunas referencias implícitas a los derechos humanos, como al señalar en su apartado sobre Políticas Generales la importancia de tener en consideración el progreso económico y social del país donde operen,<sup>190</sup> evitar la discriminación laboral con base en la nacionalidad,<sup>191</sup> o bien respetar los derechos laborales de naturaleza individual y colectiva de sus empleados.<sup>192</sup> Como se verá más adelante, esta disposición en la versión original de las Directrices ha evolucionado a través de las revisiones y modificaciones hechas al anexo de la Declaración, logrando ser cada vez más inclusiva de los derechos humanos contemplados en el ámbito internacional y reconocidos por la comunidad internacional.

Finalmente, una característica importante de la Declaración de la OCDE sobre la Inversión Internacional y las Empresas Multinacionales es que desde su concepción ha sido considerada como una propuesta de los países “ricos” para perpetuar el dominio económico sobre los países en vías de desarrollo. Sin embargo, teniendo en cuenta que en la actualidad numerosas empresas transnacionales y flujos

---

<sup>190</sup> OCDE, *Declaración sobre inversión internacional y empresas multinacionales* (21 de junio de 1976), Anexo, p. 13 (en lo sucesivo nos referiremos al Anexo como *Directrices para Empresas Multinacionales*)

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>192</sup> *Ibid.*, pp. 16-17.

de capital provienen de países del “Sur Global”, y que los países industrializados han cedido una cantidad importante de su poderío económico a las empresas mismas y a otros agentes del ámbito económico mundial, cabe interrogarse sobre la validez y solidez de ese argumento, y sobre su pertinencia en un mundo en que las fronteras y jurisdicciones se vuelven cada vez más opacas para ceder su lugar a una economía transnacional dinámica y vertiginosa.<sup>193</sup>

#### IV. LA ACTUALIZACIÓN DE 2011 DE LAS DIRECTRICES, Y LA INCLUSIÓN EXPLÍCITA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La presente sección tiene como objetivo analizar el estado actual de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, que fueron revisadas por última vez en el año 2011, así como observar el paulatino desarrollo que han tenido los derechos humanos en este instrumento en las últimas revisiones. Para ello, procederemos primeramente a analizar los cambios sustantivos en este instrumento en sus últimas dos revisiones, de 2000 y 2011, lo cual ha permitido que los derechos humanos tengan un papel cada vez más relevante en la estructura de las Directrices.

Desde su primera versión en 1976, las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales han contenido referencias a los derechos labores de naturaleza individual y colectiva,<sup>194</sup> ampliamente conside-

---

<sup>193</sup> Álvarez, J.E., *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Leiden, Brill, 2011, pp. 243-244: “That the investment regime is having an impact on the general law should not be seen, as it sometimes is, as a triumph of the Global North over the South or of investors over the regulatory power of States. The contemporary investment regime, as is addressed in prior chapters, is now too universal in scope and includes too many prominent first movers from the “Global South” to be credibly portrayed in such terms. It has, to this extent, outgrown its origins.”

<sup>194</sup> Feeney, P., *loc. cit.*, p. 178: “Si bien estas directrices incorporaron algunos derechos laborales, no hacían referencia explícita a otros derechos humanos.”

rados como derechos incluidos en el catálogo de prerrogativas económicas, sociales y culturales. Sin embargo, otras secciones de las Directrices fueron progresivamente haciendo énfasis en situaciones relativas a los derechos humanos sobre las que las empresas a quienes éstas eran aplicables debían tomar en consideración. Tal es el caso, por ejemplo, de la referencia a tomar medidas para evitar daños a la salud de las personas, así como a la realización de estudios de impacto ambiental y a la toma de medidas para garantizar una debida diligencia en este ámbito, contenidas en la sección sobre Protección Ambiental que se incluyó a las Directrices en 1991.<sup>195</sup>

No obstante, fue en la revisión del año 2000 cuando finalmente se adoptaron referencias explícitas<sup>196</sup> a los derechos humanos en este instrumento de la OCDE.<sup>197</sup> Esta revisión fue de carácter integral, puesto que se rediseñó la estructura y áreas a las que hacían referencia las Directrices, y de forma general su contenido. Así, en su sección sobre *Políticas Generales*, se estableció que las empresas debían respetar los derechos humanos de aquellas personas afectadas por sus actividades, de una forma consistente y respetuosa de las obligaciones y compromisos internacionales del país receptor de la inversión.<sup>198</sup> De la misma manera, se estableció que las empresas deberían abstenerse de buscar o aceptar exenciones relativas al medio ambiente, la

<sup>195</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (Junio de 1991)

<sup>196</sup> Jägers, N., *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, Antwerp, Intersentia, 2002, p. 103: "Before the revision of June 2000, the Guidelines did not explicitly provide that corporations should observe human rights."

<sup>197</sup> Para una referencia específica sobre la revisión del año 2000 de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, véanse Tully, S., 'The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50(2), 2001; y Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 204-205. Para una reseña informativa sobre las Directrices previo a la revisión del año 2000, véase Karl, J., 'The OECD Guidelines for Multinational Enterprises', in Addo, M.K. (Ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haya, Kluwer Law International, 1999.

<sup>198</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (27 de junio de 2000), §II.2.

salud, la seguridad, las relaciones laborales, la fiscalización, o los incentivos fiscales, entre otras, que no estuvieran previamente contempladas en los marcos legislativos o regulatorios correspondientes;<sup>199</sup> lo anterior tenía como objetivo que las empresas evitaran negociar la adopción de cláusulas de estabilización<sup>200</sup> que pudieran limitar la capacidad regulatoria del gobierno, en detrimento *inter alia* de los derechos humanos de los ciudadanos del país receptor de la inversión.

Otros aspectos que recientemente han cobrado una mayor relevancia en el ámbito de los derechos humanos son las cadenas de suministro en el contexto de las empresas transnacionales,<sup>201</sup> así como el requerimiento de presentar informes extra-financieros respecto a la operación y medidas tomadas por las empresas, particularmente en torno a políticas sociales, éticas o ambientales.<sup>202</sup> Ambas se encontraban contempladas en la versión del año 2000 de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Al respecto, el Comentario a las Directrices subraya la importancia que tiene para las empresas el respetar los derechos humanos, no sólo en el círculo de sus rela-

---

<sup>199</sup> *Ibid.*, §II.5.

<sup>200</sup> Sobre las cláusulas de estabilización, véase Morgera, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 27.

<sup>201</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (27 de junio de 2000), §II.10: “Encourage, where practicable, business partners, including suppliers and sub-contractors, to apply principles of corporate conduct compatible with the *Guidelines*.”

<sup>202</sup> *Ibid.*, §III.5a. Sobre esto se han adoptado regulaciones en los Estados Unidos y en la Unión Europea; véanse *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, §1502, sobre la revelación del uso de minerales provenientes de zonas conflictivas en o alrededor de la República Democrática del Congo; y *Directive 2014/.../EU regarding disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups*, COM/2013/0207 final (15 de abril de 2014), conforme a la cual las grandes empresas europeas deberán incluir en sus reportes información relativa a los impactos de sus actividades en los derechos humanos. El Comentario de las Directrices hace referencia a la revelación de información extra-financiera, reconociendo que tales estándares se encontraban aún en fase de desarrollo en esa época; sin embargo, reconoce también que constituyen un método para demostrar el compromiso empresarial con prácticas socialmente aceptables. OCDE, *Comentario a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2000, §14.

ciones laborales (lo cual es legalmente exigible), sino también respecto a terceros que se vean afectados por las actividades empresariales.<sup>203</sup>

La progresiva aparición de referencias a los derechos humanos en el marco de las Directrices para Empresas Multinacionales de este organismo se vio igualmente acompañada por la reaparición del debate en el seno de las Naciones Unidas. Si bien previo a la revisión del 2000 esta situación fue relativamente tenue,<sup>204</sup> cobró mayor relevancia a partir del año 2005, en que John Ruggie fue nombrado Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Desde su primer informe a la entonces Comisión de Derechos Humanos,<sup>205</sup> Ruggie señaló el potencial de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, y en particular de su mecanismo de implementación, los Puntos de Contacto Nacional, para resolver cuestiones relativas al impacto de las actividades empresariales en los derechos humanos; sin embargo, criticó la disparidad entre los procedimientos de los diferentes

<sup>203</sup> OCDE, *Comentario a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2000, §4.

<sup>204</sup> La principal llamada a que las empresas respetaran los derechos humanos previo a la revisión de la Directrices en el año 2000 fue el lanzamiento del Pacto Mundial de las Naciones Unidas (*Global Compact*), que en 1999 incluyó un breve capítulo sobre derechos humanos dentro de los —entonces— nueve principios que ostentaba.

<sup>205</sup> Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, E/CN.4/2006/97 (22 de febrero de 2006), §41: “Una característica distintiva de las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales es el sistema de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC). Se trata de oficinas de la administración pública de los países participantes que, entre otras funciones, atenderán “casos concretos” (denuncias, en lenguaje común) de incumplimiento de las directrices por una empresa. Puede presentarlas cualquier persona u organización y la mayoría procede de organizaciones sindicales. Este mecanismo tiene un enorme potencial para contribuir a resolver los problemas de las empresas en los derechos humanos porque no sólo cubre aspectos en el plano nacional sino también en los países receptores. Pero los resultados de los PNC son muy desiguales, especialmente en cuanto a los derechos humanos. *Su modesta contribución actual podría mejorar con la uniformización de las prácticas y una mayor rendición pública de cuentas.*” (Énfasis añadido)

países, alimentados sin duda por la diferente percepción y conocimiento sobre el alcance de las Directrices.

La última revisión del instrumento de la OCDE tuvo lugar en el año 2011, momento en que John Ruggie emitió los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. La adopción de estos Principios Rectores implicó un cambio de paradigma dentro del tema de las empresas y los derechos humanos, puesto que se convirtió en el punto de convergencia y de arranque de una nueva discusión, con una perspectiva de menor confrontación y de mayor colaboración entre las diferentes partes involucradas.<sup>206</sup> Es importante señalar que los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos fueron la base para la reforma de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales,<sup>207</sup> por lo que es importante hacer referencia —por lo menos de forma breve<sup>208</sup>— al contenido e innovaciones del proyecto de la ONU.

---

<sup>206</sup> Así lo reconoce explícitamente el antiguo Representante Especial para la cuestión de empresas y derechos humanos. Véase Ruggie, J.G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W.W. Norton, 2013, p. 159: “Unanimous endorsement by the Human Rights Council ensured that the Guiding Principles became the authoritative UN standard for business and human rights. But by itself this would not necessarily mean that other relevant international standard-setting bodies would automatically defer to the UN and align their own standards with the GPs. Different institutions have different missions, and these often reflect the sectoral or regional interests and concerns that are represented in them. Therefore, achieving convergence around the GPs required an active engagement effort.”

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 161: “Facing the possibility that the UN and the OECD might produce different and possibly conflicting business and human rights standards, business associations began to call for convergence. [...] The Trade Union Advisory Committee to the OECD was equally supportive of the idea, as was OECD Watch, its civil society counterpart.” Sin embargo, Dubin considera que una fabricación “masiva” de estándares para diferentes organismos tiene serios límites: *cf.* Dubin, L., ‘L’élaboration des principes à l’intention des entreprises multinationales par l’OCDE ou comment globaliser la régulation du comportement d’un acteur global?’, in S.F.D.I., *Le pouvoir normatif de l’OCDE*, París, Pedone, 2013, p. 124.

<sup>208</sup> Una cantidad importante de literatura jurídica —a favor y en contra— se ha desarrollado en torno a estos Principios Rectores y al Mandato del Representante Especial para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, primordialmente en lengua ingle-

Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos se basan en tres pilares: el deber del Estado de *proteger* contra violaciones de derechos humanos, incluyendo aquéllos cometidos por empresas; la responsabilidad empresarial de *respetar* los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, a través de la adopción de medidas como debida diligencia en materia de derechos humanos y evaluaciones de impacto a través de sus operaciones; y finalmente, en la necesidad de que exista un mayor acceso a recursos jurídicos y no jurídicos que permitan *remediar* adecuadamente y de forma integral los daños sufridos por las víctimas de tales violaciones.<sup>209</sup> La principal aportación de este marco conceptual fue la identificación de la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, misma que se vería acompañada por medidas prácticas con las que están usualmente familiarizadas, para establecer procedimientos al interior de la empresa que les permitan prevenir —y en caso necesario remediar— los impactos negativos en los derechos humanos que sus actividades puedan generar.

---

sa. Para una aproximación primariamente favorable, véanse Mares, R. (Ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012; Addo, M.K., 'The Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights', *Human Rights Law Review*, Vol. 14(1), 2014; *cf.* Deva, S. & Bilchitz, D. (Eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; en español, véanse Cantú Rivera, H.F., 'Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del *status quo*?', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013; Cantú Rivera, H.F., 'Evaluando los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos a dos años de su adopción', *Revista Internacional de Derechos Humanos*, N° 3, CLADH/Universidad de Zaragoza, 2013; Zamora, F.J., García Cívico, J. & Sales Pallarés, L. (Eds.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, 2013.

<sup>209</sup> Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

La actualización de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales tuvo como objetivo alinear dicho instrumento con los estándares y mejor prácticas internacionales, a fin de contribuir a un desarrollo normativo equitativo a nivel internacional en el ámbito de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos. De esta manera, la revisión del año 2011 tuvo como novedad principal la inclusión de un capítulo sobre derechos humanos que, tomando como punto de referencia los Principios Rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos, establecía la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y de adoptar procedimientos para asegurar y demostrar (“*know & show*”<sup>210</sup>) su puesta en práctica. Este nuevo capítulo establece que las empresas deben velar por el respeto de tres marcos regulatorios: de los derechos humanos internacionalmente reconocidos (es decir, la Carta Internacional de Derechos Humanos y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998); de los tratados de derechos humanos suscritos por los Estados donde éstas realizan sus operaciones; y finalmente, de las leyes y regulaciones nacionales aplicables en los países donde la empresa tenga sus actividades.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> Véase Kauzlarich, R.D., *loc. cit.*, p. 1026, quien hacía referencia a esto en 1981: “The OECD governments have recommended the Guidelines to enterprises that are now free to react to them. Enterprises probably will find the Guidelines consistent with their corporate activities and will be able to express public support for them. [...] there will be no contract to sign or law to obey, simply the commitment of the enterprise *to follow its words with deeds.*” (Énfasis añadido)

<sup>211</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (25 de mayo de 2011). Desde luego, los dos últimos marcos (las obligaciones internacionales del Estado receptor de la inversión, y la legislación y reglamentos nacionales en vigor) pueden generar conflictos respecto a los estándares aplicables, los cuales no necesariamente serán idénticos en todos los puntos geográficos de operación de la empresa. Véase McBeth, A. & Nolan, J., ‘The International Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms’, in Tully, S. (Ed.), *International Corporate Legal Responsibility*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, p. 189. Para una interesante propuesta sobre principios jurídicos contradictorios y cómo resolver la disyuntiva sobre cuál principio aplicar, véase Deva, S., *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012, p. 160.

El capítulo sobre derechos humanos establece seis puntos relativos a la responsabilidad de las empresas, complementados por diversos comentarios respecto al alcance y significado de cada uno de los postulados. En primer término, establece que respetar los derechos humanos equivale a no vulnerar tales prerrogativas, así como a hacer frente a los impactos negativos que sus actividades generen.<sup>212</sup> Según el Comentario de las Directrices, la “responsabilidad” de hacer frente a los impactos negativos implica un procedimiento de cinco niveles, que consiste en tomar medidas para detectar dónde se encuentran los factores de riesgo; prevenir los posibles impactos negativos en la medida de lo posible; atenuar los impactos potenciales; remediar los daños cuando éstos ocurran, y rendir cuentas sobre las medidas adoptadas para hacer frente a su responsabilidad de respetar.<sup>213</sup>

Las empresas, conforme al Capítulo IV de las Directrices, tienen igualmente la responsabilidad de evitar impactos negativos a los derechos humanos o de contribuir a ellos en el marco de sus actividades, así como la responsabilidad de resolverlos cuando éstos existan.<sup>214</sup> Por actividades, conforme al Comentario, se hace referencia a todas aquellas acciones u omisiones que sean resultado de la actividad empresarial.<sup>215</sup> Un tercer postulado indica que si bien la responsabilidad principal de la empresa existe respecto a sus propias actividades, ésta debe también prevenir y atenuar los impactos negativos en los derechos humanos que se relacionen indirectamente a la empresa, por

<sup>212</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (25 de mayo de 2011), §IV.1. Este punto en particular contiene, sin embargo, un trasfondo jurídico, al referirse a enfrentar los impactos ocasionados; en sí, es una alusión —tal vez no deseada— a la responsabilidad jurídica, al menos en términos de derecho internacional. Sobre la responsabilidad en el derecho internacional, particularmente sobre sus acepciones como obligación y como deber, véase Chaumette, A.L., ‘La responsabilité de protéger, interrogations sémantiques’, in Chaumette, A.L. y Thouvenin, J.M., *La responsabilité de protéger, dix ans après*, París, Pedone, 2013, pp. 14-15.

<sup>213</sup> OCDE, *Comentario a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011, §41.

<sup>214</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (25 de mayo de 2011), §IV.2.

<sup>215</sup> OCDE, *Comentario a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011, §42.

ejemplo a través de una relación comercial, aún cuando la empresa no contribuya a dichos impactos.<sup>216</sup> Este punto, de alta complejidad al momento de trasladar el texto a la práctica, implica que la empresa debe tratar de alentar a la empresa directamente responsable a impedir o atenuar el impacto, a través de su poder de influencia,<sup>217</sup> y actuando sola o en conjunto con otras entidades que puedan influir sobre las decisiones de la empresa responsable.<sup>218</sup> Este postulado contiene amplias referencias a una actuación ética de la empresa multinacional y sin embargo, su realización práctica aparenta ser difícil, salvo que se establezca de forma contractual con sus socios comerciales y las correspondientes cadenas de suministro, de manera que su aplicación y respeto se vuelva exigible desde un punto de vista jurídico.<sup>219</sup>

---

<sup>216</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (25 de mayo de 2011), §IV.3.

<sup>217</sup> Nieuwenkamp, R., 'Cut and run, or stay and help?', *Ethical Corporation*, marzo 2014: "If a breach of the OECD Guidelines occurs, companies should first use their influence to try to improve the situation in their supply chain. If they lack the leverage to do so, they should try to increase their influence, for example through co-operating with other companies, trade unions or NGOs. *Improvement is the best solution. Disengagement is the last resort.*" (Énfasis añadido)

<sup>218</sup> OCDE, *Comentario a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011, §43. Algunos juristas explican la motivación de esta disposición: "The approach to due diligence that extends its reach beyond the legal boundary of the individual company to include its business relationships also recognizes that business relationships cross national boundaries. Part of the rationale for extending the reach of due diligence provisions to include business relationships is to respond to the problems posed by the reality of the integration of global commercial activity, which makes regulatory oversight by any one regulator both difficult and complex." De Schutter, O. *et al.*, *Human Rights Due Diligence: The Role of States*, ICAR/ECCJ, 2012, p. 51. No obstante el énfasis y celebración en torno a la inclusión de esta responsabilidad sobre la cadena de suministro, debe señalarse que ya en la revisión del año 2000 se hacía referencia a ello, en el capítulo sobre *Políticas Generales*; véase Clapham, A., *op. cit.*, p. 203: "The reach of the Guidelines, then, extends right down the chain to the smallest sub-contractors, with the emphasis on the multinational to encourage others with which it is in contact to respect the Guidelines."

<sup>219</sup> Sobre este punto, véase Mares, R., 'Responsibility to Respect: Why the Core Company Should Act When Affiliates Infringe Human Rights', in Mares, R. (Ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.

El cuarto párrafo del capítulo sobre derechos humanos hace referencia, por su parte, al establecimiento de una política empresarial de respeto de los derechos humanos,<sup>220</sup> que debe adoptarse al más alto nivel jerárquico y difundirse e implementarse a través de toda la estructura corporativa de la empresa, además de ser comunicada a los distintos socios comerciales.<sup>221</sup>

El quinto párrafo, por su parte, contiene la principal adición sustantiva a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, al establecer que las empresas deberán “Ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos en función de su tamaño, de la naturaleza y el contexto de sus actividades y de la gravedad de los riesgos de impactos negativos sobre dichos derechos.”<sup>222</sup> En el Comentario a las Directrices, se establece que este procedimiento debe contar con cinco fases progresivas: “Este proceso implica evaluar los impactos reales o potenciales sobre los derechos humanos, integrar los resultados de dicha evaluación y poner en práctica las acciones correspondientes, hacer un seguimiento de las respuestas y comunicar las medidas tomadas para hacer frente a los impactos.”<sup>223</sup> El tema reflejado en esta disposición, que ha sido comentado ampliamente por la doctrina a nivel internacional,<sup>224</sup> adapta las recomendaciones hechas por John Ruggie respecto a los mecanismos y procedimientos de debida diligencia que las empresas deben poner en práctica para

<sup>220</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (25 de mayo de 2011), §IV.4.

<sup>221</sup> OCDE, *Comentario a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011, §44.

<sup>222</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (25 de mayo de 2011), §IV.5.

<sup>223</sup> OCDE, *Comentario a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011, §45.

<sup>224</sup> Véanse por ejemplo, Martín-Ortega, O., ‘Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?’, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31(4), 2013, pp. 49-50, 55-60; Lambooy, T., ‘Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights’, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 28(3), 2010; Harrison, J., ‘Human Rights Measurement: Reflections on the Current Practice and Future Potential of Human Rights Impact Assessment’, *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 3(2), 2011.

evitar o limitar sus impactos en la esfera de los derechos humanos.<sup>225</sup> Sin embargo, para algunos otros juristas es necesario que tales procedimientos —al igual que lo hizo John Ruggie durante su mandato— incluyan la participación de actores externos, a fin de brindar mayor legitimidad y posibilidad de seguimiento a la implementación de las modificaciones operativas que deriven de los resultados de la debida diligencia al interior de la empresa.<sup>226</sup>

Finalmente, el cuarto capítulo se ve redondeado con una disposición relativa al establecimiento por parte de la empresa —o su cooperación— con los mecanismos pertinentes para remediar los impactos negativos en los derechos humanos que haya causado o a los que haya contribuido.<sup>227</sup> La recomendación se centra, pues, en cooperar con los mecanismos judiciales o no judiciales establecidos por el Estado, o bien en participar a través de los mecanismos que existan al interior de la empresa. De igual manera, el Comentario establece que los mecanismos de reparación que llegasen a existir en el seno empresarial deben cumplir con ciertos criterios para considerarse adecuados, y no limitar o impedir la función de los sindicatos ni el acceso a mecanismos judiciales o no judiciales, incluyendo a los Puntos de Contacto Nacional.<sup>228</sup>

---

<sup>225</sup> Respecto a la implementación de requerimientos de debida diligencia por los Estados en legislaciones nacionales, y en particular sobre estándares comunes que éstas deben incluir, véase De Schutter, O. *et al.*, *Human Rights Due Diligence: The Role of States*, ICAR/ECCJ, 2012, pp. 55-57.

<sup>226</sup> Véase en particular Harrison, J., 'Establishing a meaningful human rights due diligence process for corporations: learning from experience of human rights impact assessment', *Impact Assessment and Project Appraisal*, Vol. 31(2), 2013, p. 108: "...there are certain core essential issues, beyond those set out by Ruggie, that must also be addressed if human rights due diligence is to be effective. Three requirements are set out that must become integral to the HRDD process: requirements of transparency; external participation and verification; and independent monitoring and review."

<sup>227</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (25 de mayo de 2011), §IV.6.

<sup>228</sup> OCDE, *Comentario a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011, §46. Los criterios que los mecanismos empresariales de reparación deben cumplir, de conformidad con el Comentario, son: legitimidad, accesibilidad, previsibilidad, equidad, compatibi-

En cuanto a su parte sustantiva, las principales adiciones aportadas por el Capítulo sobre Derechos Humanos a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son, en primer lugar, la inclusión de una responsabilidad de las empresas de contar con procedimientos de debida diligencia para identificar, prevenir y en su caso remediar los impactos negativos en los derechos humanos; y en segundo lugar, la responsabilidad de supervisar sus cadenas de suministro y sus círculos de negocios, a fin de alentar una conducta empresarial responsable durante todo el ciclo productivo.<sup>229</sup> Por otra parte, en lo que respecta a la implementación del instrumento de la OCDE, las modificaciones hechas a las Directrices sobre la actuación de los Puntos de Contacto Nacional fueron también de singular importancia, por lo que serán analizadas en la siguiente sección.

El objetivo principal de las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, que continúa viéndose reflejado en los resultados de su última revisión, es la estandarización de normas a nivel internacional, con la finalidad de que los Estados y empresas de su nacionalidad que exporten capital y participen en el desarrollo económico internacional y en la inversión extranjera tengan un común denominador que rija sus actividades y comportamiento,<sup>230</sup> así como de propiciar la existencia de garantías de seguridad jurídica genera-

---

lidad con las Directrices y transparencia, además de basarse en el diálogo y en la voluntad de alcanzar soluciones.

<sup>229</sup> Černič, J.L., 'The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises', *American Society of International Law Insights*, Vol. 16(4), 2012, pp. 1-2; Ruggie, J.G., *op. cit.*, p. 122: "The Guidelines' new human rights chapter, due diligence requirement, and explicit extension to include supply chains, drawn from the GPs, expands the scope of this mechanism." Véase, sin embargo, la aclaración respecto a las cadenas de suministro en la referencia a Clapham, *supra*.

<sup>230</sup> Kothari, G., *loc. cit.*, p. 108. Para Kothari, lo anterior representa una garantía para una competencia equitativa que va más allá de los argumentos morales, puesto que para los Estados la justificación se encuentran en el ámbito económico, a través de la adopción de reglas comunes a nivel internacional.

lizadas en el marco de la inversión internacional.<sup>231</sup> De esta manera, el hecho de que se adopte un estándar mínimo respecto a la conducta esperada de las empresas a nivel internacional tiende a combatir la existencia de prácticas que atentan contra los derechos humanos en la búsqueda de mayores ganancias, particularmente en países en vías de desarrollo con carencias estructurales y gubernamentales.<sup>232</sup>

Los Estados, por su parte, tienen una doble obligación: de implementar las Directrices<sup>233</sup> —lo que les impone el deber de promover su adopción por parte de las empresas,<sup>234</sup> y de establecer las estructuras correspondientes a nivel interno—, y de proteger los derechos humanos de los impactos que en ellos pueda ocasionar la actividad empresarial. Aunado a esa obligación estatal, los Estados, a través de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, han optado por promover prácticas internacionalmente reconocidas de conducta empresarial responsable, con la finalidad de que

---

<sup>231</sup> Decaux, E., 'Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales', in Daugareilh, I. (Ed.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruselas, Bruylant, 2010, pp. 468-469.

<sup>232</sup> Lo anterior es reconocido en el Prefacio de las propias Directrices. OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (25 de mayo de 2011), Prefacio: "6. [...] En la actualidad, la competencia es intensa y las empresas multinacionales se enfrentan a una gran variedad de marcos legales, sociales y normativos. En este contexto, las empresas podrían verse tentadas a descuidar las normas y principios de conducta adecuados con el fin de obtener una ventaja competitiva indebida. Estas prácticas de unas pocas empresas podrían poner en duda la reputación de la mayoría de ellas y generar preocupación en los ciudadanos."

<sup>233</sup> Véase Tully, S., 'The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50(2), 2001, p. 400: "The Guidelines are not enforced *per se*: States are responsible for promoting their implementation, principally through NCPs, and in the event of a dispute, business, trade unions and other interested parties may question their application to the particular circumstances."

<sup>234</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales* (25 de mayo de 2011), Prefacio: "1. [...] Las *Directrices* enuncian principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las legislaciones aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Sin embargo, los países que se adhieren a las *Directrices* contraen el compromiso vinculante de implementarlas de acuerdo con la *Decisión del Consejo relativa a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*."

las empresas contribuyan al desarrollo sostenible y a través de ello, reflejen los valores y aspiraciones de los países miembros de la OCDE.<sup>235</sup>

Una de las principales críticas a las Directrices para Empresas Multinacionales es su carácter voluntario o no vinculante, situación que no es única en el ámbito de la responsabilidad de las empresas a nivel internacional.<sup>236</sup> El carácter voluntario de esta iniciativa ha estado presente desde su concepción en 1976, se encuentra determinado de forma explícita en el texto de las Directrices, y ha sido ferozmente defendido por el representante empresarial ante la OCDE, el BIAC.<sup>237</sup> En particular, se señala que esa concepción de las Directrices como una disposición voluntaria las convierte en opcionales, lo que reduce su eficacia y aplicación, y se convierte en una justificación para no tomar medidas destinadas a tener un comportamiento responsable.<sup>238</sup>

Sin embargo, esa “voluntariedad” es relativa, en virtud de que los intereses conforme a los que la empresa determina su actividad son diferentes, por ejemplo, a los de las entidades o agentes gubernamentales. Al tener como principal motivación la generación de ganancias económicas, el impacto al que podría estar sujeta la reputación de una empresa con motivo de una conducta irresponsable en el ámbi-

<sup>235</sup> Keller, H., *loc. cit.*, p. 231; Tully, S., ‘Introduction’, in Tully, S. (Ed.), *International Corporate Legal Responsibility*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, p. 53.

<sup>236</sup> Tanto el Pacto Mundial de la ONU como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos siguen el mismo modelo.

<sup>237</sup> Véase Tully, S., ‘The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises’, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50(2), 2001, p. 395, quien hace referencia a la posición del BIAC en la revisión del año 2000.

<sup>238</sup> Evans, J. & Drew, K., ‘The OECD Guidelines for Multinational Enterprises Responsible Business Conduct in a Global Context’, in S.F.D.I., *Le pouvoir normatif de l’OCDE*, París, Pedone, 2013, p. 133: “The description of the *Guidelines* as “voluntary” is damaging, first, because its effect is to make the *Guidelines* more optional, less binding, less normative. But also because the “voluntary” status of the *Guidelines* is invoked as a reason “to do less” when governments could and should be “doing more”.”

to de los derechos humanos o de la protección al medio ambiente es un aliciente suficientemente poderoso para alinear su comportamiento con ciertos estándares internacionales de conducta empresarial responsable.<sup>239</sup> Por ello, el riesgo al que estarían sujetas las empresas por negarse a participar en las instancias de los Puntos de Contacto Nacional, o bien por ser identificadas como entidades que violan los derechos humanos, al trasladarse a la lógica económica, es exponencial,<sup>240</sup> independientemente de los riesgos jurídicos a los que podrían enfrentarse en el contexto del incumplimiento de estándares nacionales que usualmente son obligatorios. Por ello, como fue mencionado por el Secretario General de la OCDE, Ángel Gurría, y por Herman Mulder del Punto de Contacto Nacional de los Países Bajos, en el Segundo Foro Global de la OCDE sobre Conducta Empresarial Responsable que tuvo lugar en junio de 2014, las empresas multinacionales tienen un interés específico por evitar situaciones en que tanto ellas como terceros sufran consecuencias negativas (*lose-lose situations*), y por consiguiente, el hecho de que las Directrices no sean legalmente obligatorias no implica que tengan un carácter meramente voluntario.

Las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son a la fecha el único instrumento multilateral adoptado con la intención de establecer parámetros de comportamiento responsable a las

---

<sup>239</sup> Dubin, L., *loc. cit.*, p. 114: “L’absence d’obligatorité des Principes directeurs ne saurait par ailleurs masquer leur dimension institutionnelle. [...] [En plus, les entreprises] s’exposent tout au plus à devoir participer à la procédure consultative organisée par les PCNs, sinon à voir leur rétivité à prendre en compte les Principes directeurs exposée à l’opprobre d’un communiqué public.”

<sup>240</sup> Véase De Schutter, O., ‘The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors’, in De Schutter, O. (Ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006, p. 9: “Under the OECD Guidelines, the only incentive for companies to comply resides in the adverse publicity they will be subjected to if they refuse to cooperate in identifying a solution to the ‘specific instance’ presented to an NCP.”

empresas.<sup>241</sup> Si bien el único elemento vinculante del mismo es el compromiso obligatorio de los Estados de promover la aplicación de tales prácticas, constituyen en la actualidad el principal marco de referencia a nivel internacional sobre conducta empresarial responsable, a la vez que son el único instrumento que contiene algún tipo de referencia a una obligación, derivada de un acuerdo intergubernamental, relativa a la conducta de las empresas. Las Directrices se inscriben en la circunferencia que representa el área de la responsabilidad social empresarial o corporativa, misma que busca generar contribuciones positivas adicionales e independientes de los marcos jurídicos, internacionales o domésticos, que pudieran ser aplicables a las empresas transnacionales. De esta forma, la mayor parte del contenido de las Directrices se encuentra constituido por recomendaciones a las empresas sin sanciones jurídicas derivadas del derecho internacional, que buscan contribuir a la adopción generalizada de buenas prácticas en el contexto de la inversión internacional y las empresas multinacionales.

El capítulo sobre derechos humanos que se incluyó en la revisión de 2011 de las Directrices podría ser considerado como uno de los puntos de este instrumento donde la perspectiva pueda tal vez ir más allá del concepto de responsabilidad social, circunscribiéndose en una perspectiva por lo menos parcialmente jurídica, al estar fundamentado en el respeto a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.<sup>242</sup> Al estar tales prerrogativas constituidas en diferentes tratados internacionales, de observancia obligatoria para los Estados

---

<sup>241</sup> Kothari, G., *loc. cit.*, p. 101: “Les Principes directeurs demeurent à l’heure actuelle le seul code de conduite exhaustif adopté au niveau multilatéral, que les gouvernements se sont engagés à promouvoir. Ils restent le standard de référence en matière de responsabilité sociale des entreprises...”

<sup>242</sup> Véase Deva, S., *op. cit.*, p. 85: “The Guidelines remain voluntary, but now they acknowledge that adhering states (if not MNCs) are obliged to implement them and that some matters covered in the Guidelines may be binding under national or international laws.”

parte, así como en declaraciones internacionales de derechos humanos con reconocimiento universal, un componente jurídico se inscribe en este instrumento de la OCDE en relación a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, que si bien no está claramente delimitada en términos jurídicos, ha sido interpretada como una responsabilidad independiente al deber de los Estados bajo el derecho internacional de proteger las prerrogativas fundamentales del ser humano.

## V. SOBRE LOS PUNTOS DE CONTACTO NACIONAL

### Y SU MISIÓN COMO INSTANCIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS<sup>243</sup>

Los Puntos de Contacto Nacional (PCN) son las instancias a partir de las cuales la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico determinó dar seguimiento puntual a la implementación de las Directrices para Empresas Multinacionales, permitiendo que al surgir controversias respecto al respeto o adecuada implementación de las mismas, existiera un mecanismo ante el cual acudir.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> La presente sección se enfocará casi exclusivamente al procedimiento de las instancias específicas, aunque muy breves referencias se harán a la labor del Comité de Inversiones como órgano de clarificación. Debe señalarse que varios países que no son miembros de la OCDE se han adherido a la implementación de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, incluyendo las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional. De esta forma, en la actualidad existen 46 adherentes, de los cuales 12 países (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Egipto, Jordán, Latvia, Lituania, Marruecos, Perú, Rumania y Túnez) no son miembros de la OCDE, y 34 sí lo son. Sobre este tema, véase Aktypis, S., 'Les Points de contact nationaux de l'O.C.D.E.', in Decaux, E. (Dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2010, pp. 185-202.

<sup>244</sup> Véase Karl, J., *loc. cit.*, p. 93: "The National Contact Points (typically a government office in a Member country) serve to gather information on experience with the Guidelines, to promote them, to handle enquiries, discuss matters related to the Guidelines and assist in solving problems which may arise between business and labour in matters covered by the Guidelines."; así como Jägers, N., *op. cit.*, p. 106.

Si bien algunas de las referencias doctrinales sobre este mecanismo señalan que su aparición tuvo lugar en el año 2000,<sup>245</sup> lo cierto es que han existido desde la revisión de las Directrices en el año 1984,<sup>246</sup> aunque comenzaron a tener mayor relevancia a partir de la revisión de 1991. Así, en la enmienda de la Segunda Revisión de la Decisión del Consejo en 1991, se determinó establecer los Puntos de Contacto Nacional, que tendrían como función dar a conocer las Directrices, recibir instancias específicas (quejas) y dar orientación a las partes respecto a asuntos relativos a las Directrices.<sup>247</sup> De la misma forma, se dispuso que los PCN de los distintos países miembros de la OCDE y demás adherentes a las Directrices podrían cooperar en caso necesario,<sup>248</sup> estableciendo la atribución del Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales para actuar como intérprete de las Directrices.<sup>249</sup> Una de las principales y más controversiales características de este instrumento fue la limitada legitimidad para presentar una instancia por un incumplimiento de alguna disposición de las Directrices, puesto que sólo tenían tal capacidad los Estados Miembros y las organizaciones sindicales y empresariales, a través de BIAC y TUAC.<sup>250</sup>

<sup>245</sup> Por ejemplo, McBeth, A. & Nolan, J., *loc. cit.*, p. 189, y Kothari, G., *loc. cit.*, p. 101.

<sup>246</sup> OCDE, *Second Revised Decision of the Council on the Guidelines for Multinational Enterprises* (17 de mayo de 1984): "Recognising the desirability of setting forth procedures by which consultations may take place on matters related to these Guidelines; [...] DECIDES: 1. Member Governments shall set up National Contact Points for undertaking promotional activities, handling enquiries and for discussions with the parties concerned on all matters related to the Guidelines so that they can contribute to the solution of problems which may arise in this connection." Sobre la revisión de 1984, véase Rojot, J., 'The 1984 Revision of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises', *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 3(3), 1985.

<sup>247</sup> OCDE, *The Guidelines for Multinational Enterprises: Second Revised Decision of the Council* (Junio 1991), §1.

<sup>248</sup> *Ibid.*, §2.

<sup>249</sup> *Ibid.*, §3.

<sup>250</sup> Karl, J., *loc. cit.*, p. 93.

La revisión del año 2000 trajo consigo varios cambios sustantivos en el contenido de las Directrices —discutidos *supra*— y otro par en el procedimiento a seguir por los Puntos de Contacto Nacional. Al reformular la estructura de la Decisión del Consejo, se determinó incluir una guía procedimental para facilitar la comprensión del funcionamiento de los Puntos de Contacto Nacional, en la que se establecieron la mayor parte de los detalles a este respecto. La Guía de procedimiento del año 2000 estableció la legitimidad de las organizaciones no gubernamentales —además de confirmar la ya existente para organizaciones empresariales y de trabajadores— para presentar instancias específicas, así como para participar en los demás procedimientos de consulta existentes bajo la función de los Puntos de Contacto Nacional.<sup>251</sup> Al permitir que las ONGs participaran en el procedimiento, el cambio de funcionamiento fue relevante, puesto que facilitó el apoyo de estas organizaciones en la defensa de los derechos contenidos en ese momento en las Directrices, incluyendo las breves referencias a los derechos humanos.

El segundo cambio relevante que hubo en el procedimiento de los Puntos de Contacto Nacional fue en torno a los resultados de una instancia específica, los cuales debían anunciarse en un comunicado público en caso de ser infructuosos. En el procedimiento existente bajo el régimen de las Directrices de 1991, no existían referencias expresas sobre el procedimiento a seguir, existiendo únicamente la indicación de que el Comité sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales no haría conclusiones sobre la conducta de empresas in-

---

<sup>251</sup> OCDE, *Guidelines for Multinational Enterprises: Procedural Guidance* (27 de junio de 2000), §I.A, B.2, B.3.b), y C.2.a). Jägers, N., *op. cit.*, p. 108: “Moreover, some adjustments have been made to the complaint procedure. Besides the business community and employee’s organisations, other interested parties such as NGOs are now also allowed to file a complaint with a NCP.”

dividuales,<sup>252</sup> lo cual podría tener un significado especialmente amplio y utilizarse en los procedimientos de consulta, de clarificación y de instancias específicas por igual. Sin embargo, a pesar de no estar incluido en las secciones relativas a los PCN incluidas en la Decisión del Consejo del año 2000, la Guía sobre procedimiento definió de manera clara los diferentes momentos del procedimiento de las instancias específicas.<sup>253</sup>

De tal manera, se definió que las instancias específicas contarían con tres etapas. En primer lugar, el Punto de Contacto Nacional debía determinar, a través de una evaluación inicial, si la instancia era susceptible de proceder o si debía rechazarse, con base en los alegatos presentados, lo cual debía ser comunicado a las partes.<sup>254</sup> De proceder, el Punto de Contacto Nacional debía ofrecer sus buenos oficios y procedimientos de consulta, mediación o conciliación, para tratar de resolver la controversia, además de consultar a las instancias pertinentes —como los PCN de otros países, el Comité de Inversiones de la OCDE en caso de duda sobre la interpretación de las Directrices, las autoridades nacionales correspondientes o los expertos que se estimaran adecuados.<sup>255</sup>

Una vez habiendo realizado los procedimientos de consulta y utilizado sus buenos oficios para intentar solucionar la instancia, el Punto de Contacto Nacional debía emitir un comunicado y hacer las recomendaciones que estimare pertinentes de no llegarse a un acuerdo entre las partes sobre las cuestiones que dieron origen a la instancia,<sup>256</sup>

<sup>252</sup> OCDE, *The Guidelines for Multinational Enterprises: Second Revised Decision of the Council* (Junio 1991), §6.

<sup>253</sup> OCDE, *Guidelines for Multinational Enterprises: Procedural Guidance* (27 de junio de 2000), §I.C.

<sup>254</sup> *Ibid.*, I.C.1.

<sup>255</sup> *Ibid.*, I.C.2.

<sup>256</sup> *Ibid.*, I.C.3. Véase también De Schutter, O., 'The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law', in Alston, P. (Ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 306: "However, the 2000 revision

sin hacer referencia a otras consecuencias derivadas del procedimiento ni a otras acciones que el PCN debía tomar para comunicar los resultados del mismo, limitando con ello la publicidad de los procedimientos que supervisara. De la misma forma, salvo acuerdo de las partes en el procedimiento, la confidencialidad respecto a su identificación debía mantenerse, lo cual no mejoraba las probabilidades de dotar de mayor efectividad al procedimiento.<sup>257</sup>

La última revisión hecha a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, en 2011, introdujo más cambios para intentar hacer más eficaz el procedimiento de las instancias específicas ante los Puntos de Contacto Nacional, mismos que se incluyeron en la Guía de procedimiento. Una de las principales modificaciones a las Directrices fue el hecho de eliminar el requerimiento de un vínculo de inversión que los PCN requerían para admitir una instancia; este requerimiento tendía a ser un obstáculo para que se examinaran los alegatos de incum-

---

of the supervisory mechanism of the Guidelines may hold certain promise for the future. The confidential character of the proceedings before the NCP and the CIME, which previously in fact excluded pressure to comply by consumers, is not absolute anymore; and the *locus standi* of NGOs before the NCPs has been improved.”; Jägers, N., *op. cit.*, pp. 108-109: “If the parties involved do not reach an agreement with regard to the dispute, the NCP is required to issue a statement. [...] In its statement the NCP can decide to make the results of the proceedings public [...] Consequently, at the national level the naming of specific corporations might occur.”; y Deva, S., *op. cit.*, p. 82.

<sup>257</sup> Para una opinión crítica sobre las cuestiones de transparencia y confidencialidad en las instancias ante los PCN, véase Tully, S., ‘The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises’, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50(2), 2001, p. 401: “Although making the implementation of the Guidelines more explicit undoubtedly renders NCPs more transparent, this need not improve performance. Transparency is clearly limited to providing greater guidance to States and to unify the inconsistent efforts of government departments. Consequently, confidentiality clearly has the potential to override the transparency objective with resulting detriment to NCP credibility.” Véase igualmente Deva, S., *op. cit.*, p. 84: “The OECD’s procedure and usual practice of maintaining confidentiality of proceedings and the resulting reluctance to reveal the identity of an enterprise involved in a dispute make the matter worse, as there remains no scope for invoking ‘social sanctions’ against an MNC that infringes the Guidelines.”

plimiento de las Directrices en la cadena de suministro,<sup>258</sup> a pesar de que esta recomendación se encontraba en el instrumento de la OCDE mucho antes de la revisión del año 2000. Asimismo, se establecieron criterios de operación que deben ser observados por todos los PCN, los cuales deberán resolver las instancias específicas en un tiempo aproximado de 12 meses a partir de la fecha de recepción del procedimiento, de manera imparcial, previsible, equitativa y compatible con las Directrices,<sup>259</sup> a fin de garantizar una “equivalencia funcional” entre los diferentes Puntos de Contacto Nacional,<sup>260</sup> buscando con ello “normalizar” su funcionamiento a través de los distintos países.

Una de las mejoras sustanciales en el procedimiento de los PCN se reflejó en torno a la conclusión de la instancia, donde a diferencia del procedimiento anterior, se pretendió dar mayor énfasis a la transparencia. De esta forma, los Puntos de Contacto Nacional tienen en la actualidad la obligación de emitir un comunicado, en caso de que no se justifique un examen detallado de la instancia presentada, indicando los motivos por los cuales se haya tomado esa decisión;<sup>261</sup> emitirán un informe cuando las partes lleguen a un acuerdo respecto de las cuestiones planteadas como incumplimiento, donde por lo menos se informarán las cuestiones analizadas, los procedimientos del PCN para auxiliar a las partes, y la fecha en que se emita el acuerdo, aunque el contenido del mismo quedará sujeto al consentimiento de las partes;<sup>262</sup> o bien, un comunicado cuando no se logre un consenso entre las partes o cuando una de ellas se negare a participar en los procedimientos, teniendo la obligación de formular recomendaciones para la adecua-

<sup>258</sup> Ruggie, J.G., *op. cit.*, pp. 174-175.

<sup>259</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales: Guía de procedimiento* (25 de mayo de 2011), §I.C.

<sup>260</sup> OCDE, *Comentario sobre los procedimientos de implementación de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 2011, §I.9.

<sup>261</sup> OCDE, *Directrices para Empresas Multinacionales: Guía de procedimiento*, 2011, §I.C.3.a).

<sup>262</sup> *Ibid.*, §I.C.3.b).

da implementación de las Directrices, y estando facultado para indicar las razones por las que el acuerdo entre las partes no fue factible.<sup>263</sup>

El potencial que engloba esta modificación en el procedimiento de las instancias específicas ante los Puntos de Contacto Nacional para contribuir a un mayor respeto de los derechos humanos por parte de las empresas multinacionales es aún incierto, pero existen altas probabilidades de que fomente el aprendizaje mutuo entre los diferentes PCN, así como un mayor conocimiento del público general respecto a este mecanismo y a las Directrices.<sup>264</sup> Así, el desarrollo de la “jurisprudencia” resultante de los comunicados e informes que emitan los Puntos de Contacto Nacional en los diferentes países pueden generar una cristalización de criterios uniformes, que permita construir una base sólida de interpretación respecto a las Directrices para Empresas Multinacionales.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> *Ibid.*, §I.C.3.c). *Cfr.* Černič, J.L., *Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, p. 197. Černič hacía referencia a esto previo a la revisión de las Directrices en 2011, así como una crítica general al sistema de los PCN previo a su última revisión: “It appears reasonable that if mediation attempts between parties are not successful, the NCP should determine whether the allegations are true or false following a fact-finding inquiry, where both parties can contribute to achieving consensus. Each party should be given the opportunity to state and defend their case to the NCP in written submissions and at meetings convened between the parties.” *Cfr.* también con Deva, S., *op. cit.*, p. 88: “Nor have the NCPs been obliged to make a determination, if the mediation fails, as to the merits of the complaint in relation to the alleged breach of the Guidelines. This is the minimum that the NCPs should do if they lack enforcement powers, so that social sanctions can come into play.”

<sup>264</sup> Ruggie, J.G., *op. cit.*, p. 175.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 175: “Through such NCP deliberations, the functional equivalent of “jurisprudence” in human rights cases will emerge across the forty-two adhering governments—official interpretations of the meaning of the OECD Guidelines’ requirements for the corporate responsibility to respect human rights in specific contexts, fleshing out the higher-level guidance the GPs provide.” *Cfr.* Černič, J.L., *Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, p. 193: “It is notable that NCPs’ jurisprudence is inconclusive in a strict sense, as NCPs make decisions very differently and they lack transparency in the decision-making process.”

Dos críticas constantes aparecen, sin embargo, en este contexto. La primera, que ya ha sido mencionado anteriormente, es la disparidad en torno a los criterios de interpretación de las Directrices para Empresas Multinacionales por parte de los Puntos de Contacto Nacional, mientras que la segunda es en relación a su actuación. En relación a su actuación, a pesar del establecimiento de criterios y estándares para intentar guiar los procedimientos de los PCN en torno a la admisión de instancias específicas, aparentemente continúa existiendo una importante cantidad de criterios heterogéneos.<sup>266</sup> Desde luego, la existencia de un pobre nivel de comprensión respecto al criterio inicial de admisión de las instancias —tal vez derivado de una falta de mayor especificidad de las Directrices— genera consecuencias potencialmente negativas para el resto del procedimiento, y en especial para los criterios de interpretación de las Directrices. Aunque también es cierto que las circunstancias de cada instancia podrían hacer variar la interpretación de las Directrices por los PCN, la aparente inexistencia de un aprendizaje general acumulado respecto a la interpretación oficial de las disposiciones contenidas en este instrumento podría constituir una limitante estructural que inhibe el progreso de este mecanismo.

Uno de los principales problemas que existe con el mecanismo de la OCDE —pero que es propio de la naturaleza del derecho internacional— es la falta de medios para garantizar la participación activa o cumplimiento de las recomendaciones hechas a los sujetos a quienes están dirigidas las Directrices, en este caso las empresas multinacio-

---

<sup>266</sup> Robinson, S., 'International Obligations, State Responsibility and Judicial Review Under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises Regime', *Utrecht Journal of International & European Law*, Vol. 30(78), 2014, p. 72: "Furthermore, the handling of specific instances is particularly problematic, and the majority of NCPs have weak records in this regard. There are no set, uniform procedures that NCPs must follow when receiving and considering a specific instance complaint. Consequently, the procedures that NCPs have established to handle complaints vary from NCP to NCP."

nales.<sup>267</sup> Al tener un carácter voluntario, las Directrices para Empresas Multinacionales son incapaces de asegurar que tales recomendaciones van a ser efectivamente puestas en práctica por las empresas, o bien, que los resultados y llamados que hagan los Puntos de Contacto Nacional a empresas para participar en las instancias específicas por supuestas violaciones a las Directrices tengan algún tipo de efecto. Esta situación constituye un obstáculo para la plena efectividad de las Directrices, limitando su eficacia, normalmente circunscrita a la voluntad de los Estados para garantizar la aplicación de normas internacionales en su jurisdicción.<sup>268</sup> En este sentido, la única solución que existiría para lograr una mayor efectividad y un mayor apego a estas normas por parte de las empresas —además de la transformación de las Directrices en normas jurídicas de derecho internacional directamente aplicables a ellas, lo cual parece ser una posibilidad remota—, sería que los Estados Miembros de la OCDE determinen en su legislación interna la obligación de las empresas de respetar dichos estándares internacionales y de comparecer ante los PCN correspondientes cuando éstos las requieran,<sup>269</sup> particularmente tratándose de los Estados de donde son originarias las empresas o en donde éstas tengan su domicilio social o lugar de administración.<sup>270</sup>

Otro punto a considerar es relativo al propio procedimiento realizado por los Puntos de Contacto Nacional, y a la inexistente posibilidad de presentar pruebas en las instancias específicas que se promuevan.

---

<sup>267</sup> Evans, J. & Drew, K., *loc. cit.*, p. 130: “Despite their significant potential the often poor performance of NCPs together with the refusal of some companies to participate in the NCP process have weakened the normative power of the *Guidelines*.”

<sup>268</sup> McBeth, A. & Nolan, J., *loc. cit.*, p. 190: “The Guidelines were initially revolutionary because they explicitly delineated corporate obligations with respect to protecting human rights. However, their impact has been diluted because their application is subject to limitations. Decisions cannot be enforced directly against corporations and the power to compel behavioural change depends upon the political will and ability of national governments.”

<sup>269</sup> Sin embargo, *cf.* Dubin, L., *loc. cit.*, p. 115.

<sup>270</sup> Véase Kothari, G., *loc. cit.*, p. 100; Dubin, L., *loc. cit.*, p. 126.

Lo anterior tiene como base el carácter no adversarial de las instancias específicas, mismo que se resuelve de forma exclusiva a través de la valoración de los alegatos e información que presenten las partes involucradas en un procedimiento cuando no fuere posible una solución amistosa, o bien, como resultado de una mediación o conciliación efectiva entre los intereses de las partes. De tal manera, la única aportación realizada por las partes en una instancia específica lo constituyen los hechos alegados al presentar la instancia y al otorgar la empresa involucrada —en su caso— su respuesta a los alegatos y a los cuestionarios que pudiere realizar el Punto de Contacto Nacional respecto a su implementación de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.<sup>271</sup>

Si en una futura revisión de las Directrices se busca potencializar la verdadera efectividad de su contenido y de sus procedimientos, uno de los principales temas a tratar será precisamente el de la participación de las empresas en las instancias específicas, y en particular la determinación de consecuencias para aquellas empresas que rehúsen colaborar con las instancias o que ignoren las recomendaciones hechas por el Punto de Contacto Nacional correspondiente.<sup>272</sup> El marco propuesto por la OCDE es en la actualidad el único instrumento adoptado multilateralmente en torno al tema de la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad, y a pesar de no tener una naturaleza jurídica, es potencialmente útil;<sup>273</sup> sin embargo, para lograr

---

<sup>271</sup> Un excelente ejemplo de la valoración realizada por un PCN (el de Noruega en este caso) puede encontrarse en: Norwegian NCP, *Final Statement: ForUM v. NBIM* (27 de mayo de 2013), disponible en [http://www.responsiblebusiness.no/files/2013/12/nbim\\_final.pdf](http://www.responsiblebusiness.no/files/2013/12/nbim_final.pdf) (Visitado por última vez el 9 de septiembre de 2014).

<sup>272</sup> Ruggie, J.G., *op. cit.*, pp. 175-176. Véase también Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, *Updating the Guidelines for Multinational Enterprises: Discussion Paper* (30 de junio de 2010), §35, disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/45545887.pdf> (Visitado por última vez el 1º de julio de 2014).

<sup>273</sup> Clapham, A., *op. cit.*, p. 202: “To be clear, there is still no procedure for legally enforcing any sort of finding against a multinational enterprise; but, the complaint mechanisms are beginning to attract more attention.”

obtener de él los resultados para los que fue diseñado, los Estados, por una parte, y los Puntos de Contacto Nacional, por otra, deberán asumir sus respectivas responsabilidades para garantizar que su compromiso sea mayoritariamente con la defensa de los derechos humanos y de los intereses sociales, y de menor escala con los intereses económicos de las empresas.<sup>274</sup>

## VI. BREVES OBSERVACIONES RESPECTO A LA EXPERIENCIA MEXICANA CON EL PUNTO DE CONTACTO NACIONAL DE LA OCDE<sup>275</sup>

La presente sección busca ilustrar, de manera breve, algunas de las características que comparten hasta la fecha las determinaciones hechas por el Punto de Contacto Nacional de México en las instancias específicas que se han presentado. Por ello, se hará una reseña concisa de las características comunes que comparten las instancias presentadas, con el objetivo de que sirvan de ejemplo a las consideraciones y argumentos expuestos en las secciones precedentes.

A la fecha, se han presentado cinco instancias específicas ante el PCN mexicano,<sup>276</sup> de las cuales dos de ellas fueron presentadas conforme

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 211: “The prospects for success will depend in part on the attention that is given to ensuring that NCPs feel accountable beyond the business sector.”; véase también Robinson, S., *loc. cit.*, p. 80: “The OECD can and must do more to mandate a more cohesive, competent, and proactive effort by states and their NCPs when handling specific instances.”

<sup>275</sup> La información presentada en esta sección fue obtenida por medio de una solicitud de transparencia a la Secretaría de Economía del Gobierno mexicano, encargada de la administración del Punto de Contacto Nacional. Sin embargo, ésta se encuentra disponible en su totalidad en la página de internet del Comité Asesor Sindical (TUAC), en <http://www.tuacoecdmguidelines.org/cases.asp?organisationid=22899&NCP=Y> (visitada por última vez el 1<sup>a</sup> de julio de 2014). Se anota que existe una disparidad importante entre la información presentada por la Secretaría de Economía y los perfiles de casos elaborados por TUAC, particularmente en cuanto a las fechas de inicio y fin de las instancias, así como respecto a su actual desarrollo.

<sup>276</sup> La información disponible en la página de internet del Comité Asesor Sindical (TUAC), sin embargo, indica que a la fecha se han presentado seis casos ante el PCN mexicano, lo

a los lineamientos establecidos por la revisión del año 2000 de las Directrices para Empresas Multinacionales, y tres más fueron presentadas tras la revisión del año 2011, existiendo a la fecha una sola Decisión. En las cinco instancias intentadas se ha alegado un incumplimiento con los estándares existentes en materia de empleo y relaciones laborales, aunque en dos de ellas, posteriores a la revisión de 2011, se han alegado igualmente violaciones a los derechos humanos, así como a las disposiciones de otros de los capítulos sustantivos de las Directrices. De las cinco instancias recibidas, el Punto de Contacto Nacional ha colaborado con sus contrapartes de otros países (en particular, Alemania, Finlandia y Canadá) con motivo de los orígenes de las empresas involucradas, y dos se han tramitado de forma individual, al involucrar la participación de dos multinacionales mexicanas.

La primera instancia en que participó el Punto de Contacto Nacional de México, presentada en mayo de 2002 contra Continental AG (Continental Tire), tenía como argumento principal el cierre de una planta perteneciente a la subsidiaria (Euzkadi) de la multinacional alemana sin previo aviso a los trabajadores. El procedimiento fue inicialmente presentado ante el PCN alemán por dos ONGs de ese país en representación de un sindicato mexicano, pero luego transferido al Punto de Contacto Nacional de México. A pesar de no haber utilizado sus buenos oficios, el caso se resolvió en 2005 a través de un convenio, por el que se reabrió la planta como una cooperativa en un proyecto de *joint venture* con inversionistas mexicanos.<sup>277</sup>

---

cual contradice la información presentada por la Secretaría de Economía. El caso presentado contra Michelin y su subsidiaria mexicana, Uniroyal, en 2004 no ha sido reportado como concluido. Para mayor información sobre el perfil de este caso, vea TUAC, *Michelin v. SNTU, S.A. de C.V.*, perfil disponible en <http://www.tuacoecdmneguidelines.org/CaseDescription.asp?id=33> (visitada por última vez el 1<sup>a</sup> de julio de 2014).

<sup>277</sup> TUAC, *Continental v. SNRTE*, perfil disponible en <http://www.tuacoecdmneguidelines.org/CaseDescription.asp?id=81> (visitada por última vez el 1<sup>a</sup> de julio de 2014).

La segunda instancia que tuvo el PCN de México —que es en la única en la que ha emitido una decisión— involucró al Grupo Modelo, y fue presentada en junio de 2008. La instancia fue presentada contra Industria Vidriera del Potosí, subsidiaria de la agrupación antes mencionada, con base en un despido colectivo de trabajadores, lo cual sería contrario a las disposiciones de las Directrices relativas al empleo y las relaciones laborales. Tras haber consultado a las partes involucradas, a las autoridades federales en materia laboral y a la Organización Internacional del Trabajo, ante la que también se había presentado una queja, el PCN emitió su decisión inicial, en la que informó que al no detectar violaciones a las Directrices como resultado del análisis de las pruebas aportadas por las partes y autoridades,<sup>278</sup> y al haber sido resuelta en su totalidad la acción presentada ante las autoridades nacionales competentes,<sup>279</sup> se determinó cerrar el caso.<sup>280</sup>

Una tercera instancia específica fue presentada contra América Móvil, multinacional mexicana del sector de telecomunicaciones, en septiembre de 2011, por un conjunto de organizaciones sindicales lideradas por UNI Global Union.<sup>281</sup> En la instancia se alegaban viola-

---

<sup>278</sup> PCN de México, *Caso Industria Vidriera del Potosí*, Oficio No. DGIE.09.2959 (13 de enero de 2010), p. 1: “Que este PCN considera que no existen elementos para admitir la Instancia Específica, toda vez que de las pruebas y documentación aportadas por las partes y autoridades involucradas, no se han detectado posibles violaciones a las Directrices.”

<sup>279</sup> *Ibid.*: “Que de acuerdo a la información obtenida por las partes y por la autoridad laboral mexicana se observa que los hechos controvertidos que se presentaron al análisis de este PCN fueron estudiados y resueltos en su totalidad por las autoridades judiciales competentes, por lo que no corresponde a este PCN pronunciarse o evaluar cuestiones que ya han sido resueltas por la autoridad competente.”

<sup>280</sup> TUAC, *Grupo Modelo v. Sindicato Único de Trabajadores de la Empresa Industria Vidriera del Potosí, S.A. de C.V.*, perfil disponible en <http://www.tuacoecdmneguidelines.org/CaseDescription.asp?id=7> (visitada por última vez el 1<sup>a</sup> de julio de 2014).

<sup>281</sup> Según información proporcionada por el Subdirector de Tratados para Europa y Organismos Internacionales de la Dirección General de Inversión Extranjera, dependiente de la Secretaría de Economía, se presentaron dos instancias conexas en cuanto a las partes y alegatos presentados en contra de América Móvil y sus subsidiarias centroamericanas. Sin embargo, debido a la conexidad existente en la causa y a la inexistencia de nueva información o seña-

ciones a las disposiciones sobre políticas generales, derechos humanos, empleo y relaciones laborales, incluyendo al deber de debida diligencia en sus operaciones y de alentar a sus socios comerciales a aplicar principios de conducta empresarial responsable, con base en alegadas conductas que contravendrían las disposiciones de las Directrices en sus operaciones en El Salvador, Guatemala y Nicaragua.

Desde luego, el carácter extraterritorial de los hechos podría presentar algunas barreras para que el PCN se hiciera de información fidedigna, aunque las Directrices, su comentario y la guía de procedimiento establecen específicamente que las Directrices son aplicables a empresas que trabajen en o desde los Estados Miembros de la OCDE, y por consecuencia al caso presentado contra América Móvil. Conforme a la información provista por la Secretaría de Economía, la ausencia de elementos suficientes para llevar a cabo un análisis a profundidad condujo al cierre de la instancia desde la evaluación inicial en junio de 2012. Siendo la primera instancia presentada conforme a la última revisión de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, el PCN de México estaría obligado a emitir un comunicado público donde se informen los motivos por los que tomó la determinación de cerrar la instancia. Sin embargo, de la información oficial de la Secretaría de Economía, complementada con el informe del caso realizado por TUAC, tal decisión no fue hecha pública por el Punto de Contacto Nacional de México, en contravención de las disposiciones de las Directrices.<sup>282</sup>

---

lamientos por la parte solicitante, el Punto de Contacto Nacional de México se apegó a la decisión emitida en junio de 2012.

<sup>282</sup> TUAC, *América Móvil, S.A.B. de C.V. v. UNI Global Union et al.*, perfil disponible en <http://www.tuacoecdmneguidelines.org/CaseDescription.asp?id=161> (visitada por última vez el 1<sup>a</sup> de julio de 2014). Conforme a la información publicada por TUAC, el comunicado sobre la decisión del PCN indicaría que al no ser El Salvador, Guatemala y Nicaragua miembros de la OCDE, no podrían aplicarse las Directrices para Empresas Multinacionales a las empresas centroamericanas. De ser cierto, estaría apartándose de la intención y letra de las Directrices.

Una cuarta instancia específica fue presentada por la ONG Pro-DESC en contra de Excellon Resources Inc., empresa minera de Canadá, y sus dos subsidiarias mexicanas en mayo de 2012, ante el PCN de México en colaboración con el mecanismo en Canadá. En la instancia se alegaban violaciones a las disposiciones relativas a la revelación de información, al empleo y las relaciones laborales, a los derechos humanos y al medio ambiente en las operaciones de las subsidiarias en Durango.

Sin embargo, en noviembre de 2012, el PCN de México determinó que no podría ofrecer sus buenos oficios en el caso por diversas razones, incluyendo la existencia de procedimientos legales paralelos, la consideración de que los hechos alegados no eran concluyentes ni estaban probados, el rechazo de la empresa de participar en cualquier intento de mediación debido a la “falta de buena fe” de su contraparte, la dificultad de resolver el caso a través de la mediación, y a negociaciones paralelas a nivel político de alto nivel. Por tanto, desechó la instancia a través de su comunicado de evaluación inicial, sin emitir un comunicado final ni hacer público ninguno de los documentos.<sup>283</sup>

Una última instancia específica ante el Punto de Contacto Nacional mexicano en colaboración con su contraparte de Finlandia, de septiembre de 2012, fue solicitada por el Sindicato Nacional de

---

<sup>283</sup> TUAC, *Excellon Resources Inc. v. Pro-DESC, A.C.*, perfil disponible en <http://www.tua-coecdmneguidelines.org/CaseDescription.asp?id=163> (visitada por última vez el 1<sup>a</sup> de julio de 2014). Existe una traducción de la evaluación inicial hecha por el PCN de México, realizado por una Perito adscrita al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. De tal documento, se desprenden las afirmaciones hechas en el cuerpo de este artículo respecto al caso de Excellon, mismas que son reproducidas en la información presentada por la Secretaría de Economía. Un elemento positivo que se desprende de tal documento son los puntos resolutivos tercero y cuarto, donde el PCN “urge a Excellon Canada a asegurar la implementación de los principios contenidos en las Directrices en el desarrollo de sus actividades en cualquier país donde tenga operaciones”, y “urge a Excellon México a tomar cualquier acción disponible para atender los asuntos que dieron origen a la solicitud de la Instancia Específica.”

Trabajadores Mineros, Metalúrgicos, Siderúrgicos y Similares de la República Mexicana e IndustriAll en contra de Grupo PKC, una empresa metalúrgica de origen finlandés con actividades en el sector automotriz, por violaciones al capítulo sobre empleo y relaciones laborales de las Directrices, en particular a la representación sindical de los trabajadores y al derecho a la negociación colectiva de los trabajadores.

El PCN determinó, tras su evaluación inicial, que no podría ofrecer sus buenos oficios a las partes por la existencia de procedimientos legales paralelos, la falta de justificación y prueba de las alegaciones presentadas, y al carácter de la queja, considerando que correspondía su decisión a las autoridades laborales, y que la mediación no sería una instancia apropiada. Sin embargo, al igual que en la mayoría de los casos recibidos, el PCN no publicó un informe o comunicado final sobre el caso en donde describiera los motivos por los que determinó la improcedencia de la instancia.<sup>284</sup>

Como bien han señalado varios académicos,<sup>285</sup> es de suma importancia que los PCN, y en particular el Punto de Contacto Nacional de México, dependiente de la Secretaría de Economía, se conduzca con apego a los lineamientos de procedimiento establecidos en las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, y que garantice una actuación imparcial, puesto que de dicho mecanismo dependerá el éxito o fracaso en una mejor y más amplia implementa-

<sup>284</sup> TUAC, *PKC Group v. SNTMMSSRM et al.*, perfil disponible en <http://www.tuacoecd-mneguidelines.org/CaseDescription.asp?id=167> (visitada por última vez el 1<sup>a</sup> de julio de 2014).

<sup>285</sup> Karl, J., *loc. cit.*, pp. 94-95: "When Guidelines issues arise in specific cases, the onus of attempting a settlement is particularly on the National Contact Point; hence, the effectiveness of the Guidelines depends to a large degree on that of the Contact Points." Vea también Steinhardt, R.G., 'Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria', in Alston, P. (Ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 210: "Implementation necessarily rests on the will of governments through their National Contact Points, as specified in the Guidelines..."

ción de las Directrices. Como ya se pudo experimentar en el caso mexicano, los mecanismos de implementación de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales ya no sólo tratan cuestiones relativas a las actividades en México de empresas multinacionales extranjeras, sino también las acciones de las multinacionales mexicanas que tienen operaciones en el exterior. Por tanto, es necesario que las instancias correspondientes actúen de forma adecuada y con apego a sus mandatos, a fin de contribuir a una mayor difusión de conductas empresariales responsables y buenas prácticas que permitan al país contribuir al desarrollo y respeto de los derechos humanos y otras prerrogativas no sólo en México, sino en el extranjero, y de contribuir recíprocamente al desarrollo de una cultura empresarial en el ámbito de los derechos humanos.

#### VII. CONCLUSIONES: ¿QUÉ APORTAN LAS DIRECTRICES DE LA OCDE A LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, a través de su revisión de 2011, contribuyeron a la convergencia de estándares a nivel internacional en materia de derechos humanos. Si bien son un instrumento de responsabilidad social corporativa o empresarial, que tiende a sugerir a las empresas la adopción voluntaria de conductas responsables y respetuosas de la sociedad en que operan sin aparentes consecuencias jurídicas, el capítulo cuarto de las Directrices, sobre derechos humanos, es un elemento que potencialmente puede cambiar ese carácter “voluntario”.

Al equipararse los estándares de la OCDE con los Principios Rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos, las principales diferencias que resaltan son el instrumento de implementación de las Directrices, a través de los Puntos de Contacto Nacional, así como

el hecho de ser el único instrumento intergubernamental adoptado en la materia a nivel internacional. En principio, el compromiso de los Estados Miembros de la OCDE, y de aquellos adherentes a las Directrices, de difundir este instrumento y de establecer mecanismos domésticos para dirimir las controversias que de su aplicación resulten, son elementos necesarios para lograr el desarrollo cultural que la OCDE busca en las actividades de las empresas. Sin embargo, el tono que aún mantiene el texto de las Directrices, a pesar de su reformulación y de añadir casi de forma íntegra los Principios Rectores de las Naciones Unidas, aparenta jugar en su contra, específicamente al continuar señalando, con el ferviente apoyo de varios Estados y de BIAC, que su naturaleza y adopción por las empresas es estrictamente voluntario.

Otro aspecto importante a considerar es el trabajo que realizan los Puntos de Contacto Nacional. Durante el Segundo Foro Global de la OCDE sobre Conducta Empresarial Responsable, que tuvo lugar a finales de junio de 2014, se hizo énfasis en que el éxito o fracaso de las Directrices alrededor del mundo dependen casi exclusivamente del trabajo realizado por los mecanismos de implementación, lo cual, desde luego, en muchas instancias se traduce a la voluntad de los Gobiernos. Como señaló Alexandra Guáqueta, del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, la falta de capacidad —en términos económicos o de recursos humanos— para implementar adecuadamente el sistema de los Puntos de Contacto Nacional es utilizada por algunos Estados como una excusa para esconder una verdadera falta de compromiso y voluntad política. Mucho trabajo deberá hacerse en este sentido, si en realidad se desea contar con un ecosistema funcional de conducta empresarial responsable. El primer paso, desde luego, está en que los Puntos de Contacto Nacional cumplan su papel conforme al texto vigente de las Directrices, y que además de sus buenos oficios, emitan sus evaluaciones

y recomendaciones en caso de falta de voluntad de la empresa para participar en la solución de controversias.

A nivel institucional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico también tienen un papel importante que jugar, y algunas decisiones, por pequeñas que puedan resultar, tendrían el potencial de aumentar la comprensión y desarrollo de sus acciones en favor de la protección de los derechos humanos. En esta materia, donde nuevos retos para la protección de los derechos humanos ante las actividades empresariales surgen de forma constante y continua, sería prudente que exista una cooperación institucional formal entre el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Conducta Empresarial Responsable, y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

El último, como intérprete de los Principios Rectores, tendría una capacidad especializada para aconsejar al primero sobre los distintos retos que observe en el área, así como sobre la interpretación del capítulo cuarto de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, al estar basado en el instrumento de la ONU. Esta interacción bi-direccional, en donde el Grupo de Trabajo de la OCDE también podría informar a su contraparte de la ONU sobre instancias específicas que contengan elementos novedosos en el ámbito y que podrían servir para el desarrollo de líneas directrices, sería benéfica para la interpretación que realice el Comité de Inversión de la OCDE sobre las Directrices para Empresas Multinacionales.

En una era en que hay un fuerte interés en el impacto que los diferentes actores de la sociedad producen a nivel internacional, una contribución positiva y un comportamiento responsable de parte de las empresas, multinacionales o locales, es la expectativa común a nivel internacional. Las empresas pueden aún mover su capital y actividades a zonas de débil regulación por parte de los Estados, a fin de mantener una ventaja competitiva; sin embargo, para mantener su reputación

y el valor de sus marcas —hoy más que nunca sujetas a la regulación social ejercida por los consumidores e inversionistas—, podría resultar una mejor decisión contribuir a mejorar las condiciones en las zonas donde operen, a fin de participar en la generación de un entorno en donde un desarrollo sostenible y responsable sea una verdadera posibilidad.

# ¿HACIA UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS? REFLEXIONES SOBRE LA PRIMERA SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA\*

## I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del sector empresarial por su impacto en la protección de los derechos humanos y el medio ambiente es un tema que ha estado durante más de cuarenta años en la agenda internacional de forma intermitente.<sup>286</sup> La adopción por consenso de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos<sup>287</sup> en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, como punto culminante del mandato de John Ruggie como Representante Especial del Secretario General sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales, sirvió para instalar de forma permanente el tema en la agenda del organismo internacional. Como su propio autor lo reconoció, se trató de la fase final del inicio de un proyecto que, partiendo de una

---

\* *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2016.

<sup>286</sup> Para una referencia general más amplia sobre el tema, véanse Jägers, N., *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, Antwerp, Intersentia, 2002, pp. 119-130; Sauvart, K.P., 'The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned', *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, 2015; Bair, J., 'Corporations at the United Nations: Echoes of the New International Economic Order?', *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, Vol. 6(1), 2015; Cantú Rivera, H.F., 'Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del status quo?', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 316-325.

<sup>287</sup> Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

base común en donde se reconocen obligaciones y responsabilidades diferenciadas, necesita continuar construyendo un andamiaje jurídico a nivel internacional para garantizar la protección y realización de los derechos humanos ante los impactos producidos por las empresas, independientemente de su tamaño o giro.<sup>288</sup>

Desde luego, los Principios Rectores fueron sujeto de numerosas críticas,<sup>289</sup> en virtud de la aparente laxa convicción de establecer obligaciones jurídicas para las empresas, de haber descartado proponer opciones en relación a la competencia extraterritorial de los Estados para perseguir y castigar violaciones a los derechos humanos por las empresas, o de no establecer un mecanismo para el monitoreo de su implementación. Por supuesto, algunas de esas críticas podrían haber sido merecidas, aunque ciertamente ignoran la dificultad de lograr acuerdos políticos en esa esfera para establecer una base común<sup>290</sup> y, conforme al mandato del Consejo de Derechos Humanos tras la renovación del mandato en 2008, para hacer operativo el marco conceptual presentado por el Representante Especial.

El Consejo, tras el final del mandato de Ruggie, estableció un Grupo de Trabajo<sup>291</sup> para dar seguimiento a la difusión e implementación

<sup>288</sup> Ruggie, J.G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W.W. Norton & Co., 2013, p. 124.

<sup>289</sup> Sobre este punto, véanse particularmente Deva, S., 'Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles' en Deva, S. & Bilchitz, D. (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 91-103; Bilchitz, D., 'A chasm between 'is' and 'ought': A critique of the normative foundations of the SRSG's Framework and the Guiding Principles' en Deva, S. & Bilchitz, D. (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 118-130; Cantú Rivera, H.F., 'Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del status quo?', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 331-339.

<sup>290</sup> Ruggie, J.G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W.W. Norton & Co., 2013, pp. 129-132.

<sup>291</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011), §6.

de los Principios Rectores, así como para recolectar y compartir las buenas prácticas que existen tanto a nivel estatal como empresarial. Debe decirse, sin embargo, que la ejecución de dicho mandato no ha sido sencilla, en virtud de las importantes diferencias administrativas y políticas en el seno de los Estados, y de la titánica tarea de monitorear la actividad de millones de empresas, nacionales y transnacionales, alrededor del mundo.<sup>292</sup> Cabe mencionar, sin embargo, que el Grupo de Trabajo ha sabido capitalizar las tendencias más importantes en la materia, como el desarrollo de planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos,<sup>293</sup> o su coordinación y trabajo con las diferentes organizaciones regionales para avanzar la implementación de este tema a través de sus respectivos foros.<sup>294</sup>

A pesar de la creciente implantación de los Principios Rectores de la ONU en diferentes espacios y estructuras,<sup>295</sup> diversos casos judicia-

---

<sup>292</sup> Addo, M.K., 'El mandato del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos: Ideas preliminares' en Martínez Garza, M.E. & Cantú Rivera, H.F. (comp.), *El futuro es hoy: Construyendo una agenda de derechos humanos*, Monterrey, CEDHNL/UANL, 2013, pp. 79-83.

<sup>293</sup> Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *A/69/263* (5 de agosto de 2014). Sobre la cuestión de los planes nacionales de acción, véase de forma general De Felice, D. & Graf, A., 'The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights', *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 7(1), 2015.

<sup>294</sup> Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe sobre el Primer Foro Regional de América Latina y el Caribe sobre Empresas y Derechos Humanos, A/HRC/26/25/Add.2* (24 de abril de 2014); Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe sobre el Primer Foro Regional de África sobre las Empresas y los Derechos Humanos, A/HRC/29/28/Add.2* (2 de abril de 2015).

<sup>295</sup> Incluso se considera que existe en la actualidad un ecosistema internacional sobre empresas y derechos humanos, por su adopción en los marcos jurídicos e institucionales de distintas organizaciones como el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea, la Organización de Estados Americanos, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, ASEAN, entre otras.

les<sup>296</sup> y la lenta actividad gubernamental para conformar sus proyectos políticos y económicos a los estándares internacionales en la materia dieron origen a un nuevo llamado a establecer un marco normativo internacional para regular las actividades de las empresas de carácter transnacional. La capitalización de ese llamado tuvo lugar en el año 2014, y generó una profunda división entre aquellos Estados en contra de la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, los Estados a favor de dicha propuesta, y numerosos Estados que decidieron no manifestarse al respecto, a pesar de sus claras políticas económicas neoliberales. De tal manera, la búsqueda de crear un tratado internacional en la materia amenaza con romper un consenso que tardó más de cuarenta años en alcanzarse, y al que no se le ha dado tiempo suficiente para su adecuado desarrollo e implementación a nivel interno.<sup>297</sup>

El presente artículo busca dilucidar el desarrollo que ha seguido la cuestión de la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos desde la adopción de los Principios Rectores, y de

<sup>296</sup> Dos casos en particular resaltaron la dificultad (jurídica o política) para juzgar a las empresas en foros nacionales tanto de países desarrollados como en vías de desarrollo: *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 133 S.Ct. 1659 (2013); Sentencia, *María Aguinda et al. v. Chevron Corp.*, Caso No. 2003-0002, Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbios (14 de febrero de 2011). Se ha escrito un número importante de comentarios sobre la sentencia *Kiobel*: véase 'Agora: Reflections on *Kiobel*', *American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013; Cantú Rivera, H., 'The *Kiobel* Precedent and its Effects on Universal Jurisdiction and the Business & Human Rights Agenda', *Cuestiones Constitucionales*, No. 30, 2014. Respecto a la sentencia en el caso de Ecuador, véase Cantú Rivera, H., 'Towards Judicial Accountability in the Business & Human Rights Field?' in Moura Vicente, D. (ed.), *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, Leiden, Brill, 2015 (en prensa).

<sup>297</sup> Desde luego, no debe dejarse de lado la indecisión —o tal vez falta de voluntad— de algunos Estados para actuar en este tema a nivel interno, a través de la implementación de reformas políticas, legislativas y judiciales recomendadas por los Principios Rectores. John Ruggie señala que la implementación de cambios en la cultura corporativa puede tomar hasta dos años, y que por lo general los cambios en las políticas gubernamentales tienden a tomar más tiempo. Véase Ruggie, J.G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W.W. Norton & Co., 2013, p. 177.

forma particular la manera en que la polarización entre la adopción de estándares jurídicos vinculantes o instrumentos no vinculantes volvió a instalarse en el seno de esta discusión a nivel internacional. Asimismo, se busca brindar al lector una visión panorámica en torno a la resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de crear un Grupo de Trabajo intergubernamental para desarrollar un instrumento jurídicamente vinculante, y los resultados de su primera sesión desde una perspectiva interna.

En ese sentido, la segunda sección del presente artículo se refiere a las propuestas presentadas al Consejo de Derechos Humanos respecto a un instrumento vinculante, por una parte, y a la extensión del mandato del Grupo de Trabajo a cargo de la difusión e implementación de los Principios Rectores, por la otra. Una tercera sección se dedica a analizar los principales temas —tanto positivos como negativos— que deben ser abordados en el marco de una discusión sobre un tratado internacional en la materia. La cuarta sección, por su parte, se concentra en brindar al lector unas breves reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, así como los principales obstáculos y temáticas que fueron abordadas. Finalmente, se presentan unas breves conclusiones sobre lo que se debe esperar para las siguientes sesiones del Grupo de Trabajo intergubernamental.

## II. LA PROPUESTA DE ECUADOR Y SUDÁFRICA SOBRE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL VINCULANTE, Y EL VOTO DE CONTINUIDAD A LA DIFUSIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ONU SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

La consolidación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos a nivel internacional, así como la convergencia

internacional y regional de distintos actores, organizaciones e instrumentos hacia un ecosistema universal respecto a la conducta empresarial responsable son desarrollos de una trascendencia e impacto innegable en el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>298</sup> De forma general, se logró consensuar posiciones de sectores previamente polarizados (como las organizaciones de la sociedad civil, los gobiernos y las empresas), lo cual permitió establecer un marco normativo internacional —aunque no jurídicamente vinculante— que determinó la existencia de una responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.<sup>299</sup>

Sin embargo, el lento desarrollo de acciones nacionales para implementar en el marco jurídico interno de los Estados las disposiciones de los Principios Rectores, la inexistencia de estándares internacionales vinculantes, así como el impacto jurídico de diversos casos en ciertos países<sup>300</sup> llevaron a la reaparición del debate respecto a la necesidad de contar con un instrumento internacional vinculante para regular las actividades de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, ante la ineficacia o insuficiencia de los procedimientos judiciales a nivel interno. En ese sentido, la delegación ecuatoriana ante los organismos internacionales comenzó a promover durante la vigésimo cuarta sesión del Consejo de Derechos Humanos, en septiembre de 2013, la necesidad de contar con un instrumento internacional para

<sup>298</sup> Respecto a la cuestión de la convergencia regional en la materia, véanse Cantú Rivera, H., 'Regional Approaches in the Business & Human Rights Field', *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 35, 2013; Cantú Rivera, H., 'The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights in the European Union: From Regional Action to National Implementation' en Martin, J. & Bravo, K.E. (eds.), *The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 (en prensa).

<sup>299</sup> Sobre lo anterior, véase Jägers, N., 'UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway Towards Real Corporate Accountability?', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29(2), 2011, pp. 159-163.

<sup>300</sup> Los ya citados *Kiobel* y *Aguinda*, entre otros.

regular las actividades empresariales ante los impactos negativos que se produzcan en los derechos humanos.<sup>301</sup>

Dicha promoción fue propuesta formalmente por las delegaciones del Ecuador y de Sudáfrica durante la vigésimo sexta sesión de dicho órgano, en junio de 2014. Tras una votación dividida, en donde 20 Estados<sup>302</sup> votaron a favor, 14 votaron en contra,<sup>303</sup> y 13 se abstuvieron,<sup>304</sup> se adoptó la resolución 26/9 por medio de la cual se creó un Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.<sup>305</sup>

Algunas de las posiciones de los países eran previsible: los países desarrollados votaron en contra de la resolución, mientras que Rusia, China, India y una parte importante del grupo africano votaron a favor de la resolución.<sup>306</sup> Sin embargo, hubo una notable tendencia que contravendría a la expectativa de una renovada división binaria entre el norte global y el sur global: la mayoría de los países latinoameri-

---

<sup>301</sup> República del Ecuador, 'Statement on behalf of a Group of Countries at the 24rd Session of the Human Rights Council', disponible en línea en <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/statement-unhrc-legally-binding.pdf> (visitado el 28 de julio de 2015).

<sup>302</sup> Argelia, Benín, Burkina Faso, China, Congo, Costa de Marfil, Cuba, Etiopía, Rusia, Filipinas, India, Indonesia, Kazajstán, Kenia, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, Venezuela y Vietnam.

<sup>303</sup> Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Gran Bretaña, República Checa, Corea y Rumania.

<sup>304</sup> Arabia Saudita, Argentina, Botsuana, Brasil, Chile, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú y Sierra Leona.

<sup>305</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014).

<sup>306</sup> Para una explicación de los votos formulados, véase Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 'Council extends mandates on extreme poverty, international solidarity, independence of judges, and trafficking in persons' (26 de junio de 2014), disponible en línea en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14785&LangID=E> (visitado el 28 de julio de 2015).

canos, en particular aquellos que se han adherido a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales,<sup>307</sup> se abstuvieron en la votación. De la misma forma, algunos países del grupo africano y del grupo Asia-Pacífico se abstuvieron. Lo anterior desde luego indica que a pesar de la insistencia en continuar considerando la existencia de un mundo binario, el efecto de la globalización ha acercado a algunos países en vías de desarrollo hacia el modelo de mercado liberal que en la actualidad continúa promoviendo la inversión extranjera y el intercambio de bienes y servicios a nivel mundial, y del cual numerosas empresas de países emergentes con operaciones transnacionales se han beneficiado.<sup>308</sup>

La resolución de la propuesta liderada por el Ecuador y Sudáfrica indicó que las dos primeras sesiones del Grupo de Trabajo intergubernamental serían dedicadas a deliberaciones constructivas sobre las perspectivas y áreas que deben cubrirse por el futuro instrumento, y que a partir de la tercera sesión se comenzaría a discutir el proyecto de instrumento propuesto por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo intergubernamental, que deberá recoger los insumos de las deliberaciones sostenidas durante las primeras dos sesiones.<sup>309</sup>

A la par de la resolución 26/9, el Consejo de Derechos Humanos adoptó por consenso, a propuesta de Argentina, Noruega, Ghana y

<sup>307</sup> Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México y Perú se han adherido a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. De ellos, Colombia no era un Estado miembro del Consejo de Derechos Humanos durante la sesión en que se votó la resolución.

<sup>308</sup> Incluso, las predicciones macroeconómicas se orientan a que la economía mundial sea sostenida por países emergentes en las siguientes décadas, apoyadas por las actividades de sus empresas: OECD, 'Looking to 2060: A Global Vision of Long-Term Growth', *OECD Economics Department Policy Notes*, No. 15, 2012, pp. 1-2, 7. Véase igualmente PricewaterhouseCoopers, *The World in 2050: Will the shift in global economic power continue?*, 2015, pp. 1-5, disponible en <http://www.pwc.com/gx/en/issues/the-economy/assets/world-in-2050-february-2015.pdf> (visitado el 31 de agosto de 2015).

<sup>309</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014), §2-3.

Rusia, una segunda resolución, a través de la cual extendió el mandato del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos por un período de tres años.<sup>310</sup> La resolución 26/22 determinó la adopción de nuevas áreas de enfoque para el Grupo de Trabajo, a la par de su encomienda inicial de difundir y promover los Principios Rectores, particularmente centradas en la cuestión de acceso a recursos jurídicos y no jurídicos para la reparación de violaciones de derechos humanos en que la actividad empresarial estuviera involucrada.<sup>311</sup> En ese sentido, la resolución llama a la exploración de todas las opciones jurídicas y medidas prácticas existentes para mejorar el acceso a mecanismos de reparación por parte de las víctimas, mismo que derivó en una serie de proyectos paralelos sobre rendición de cuentas y acceso a reparación a cargo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.<sup>312</sup>

Una de las principales preocupaciones al haberse adoptado ambas resoluciones fue que el consenso y progreso logrados con la adopción de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, así como el alineamiento de estándares internacionales relativos a la responsabilidad de las empresas, se diluyeran ante la existencia de un nuevo proyecto para solidificar las obligaciones internacionales de las personas morales con fines de lucro.<sup>313</sup> Ciertamente, la sombra de las negociaciones multilaterales respecto al fallido proyecto de código de

---

<sup>310</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22 (27 de junio de 2014).

<sup>311</sup> *Ibid.*, §9.

<sup>312</sup> *Ibid.*, §7. Dicha iniciativa (*Initiative on enhancing accountability and access to remedy in cases of business involvement in human rights abuses*) puede ser consultada en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/OHCHRstudyondomesticlawremedies.aspx> (visitado el 28 de julio de 2015).

<sup>313</sup> Véase por ejemplo Ruggie, J., *Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors* (9 de septiembre de 2014), disponible en <http://www.ihrb.org/commentary/quo-vadis-unsolicited-advice-business.html> (visitado el 28 de julio de 2015).

conducta para empresas transnacionales<sup>314</sup> que se discutió en la ONU entre las décadas de 1970 y 1990, o bien del proyecto de normas de la Subcomisión de la ONU para la protección y promoción de los derechos humanos,<sup>315</sup> se cernieron sobre la resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos. Una pregunta fundamental que fue formulada por las empresas y los Estados desarrollados fue si sería apropiado desviar la atención de la implementación de los Principios Rectores a nivel nacional y regional, en virtud del corto tiempo que ha transcurrido desde su adopción, para comenzar las discusiones en torno al proceso del tratado.

Por otra parte, otra tendencia se desarrolló a favor del carácter complementario de los dos proyectos. Como Surya Deva y John Ruggie, dos de los principales expertos en el tema, lo han propuesto, resulta innecesario e improductivo observar el fenómeno de la responsabilidad empresarial desde la dicotomía de la adopción de estándares voluntarios o vinculantes, ya que es necesario contar con un régimen que se oriente a proponer soluciones pragmáticas y que supere conjuntamente las limitaciones individuales de cada uno de los tipos de estándares.<sup>316</sup> Es decir, es necesario contar tanto con estándares vinculantes —que establezcan las normas aplicables a nivel internacional

<sup>314</sup> *UN Draft Code of Conduct on Transnational Corporations*, E/1988/39/Add.1 (1 de febrero de 1988).

<sup>315</sup> Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 de agosto de 2003).

<sup>316</sup> Surya Deva llama a su proyecto una 'teoría integrada de regulación' (*integrated theory of regulation*), mientras que John Ruggie denomina al suyo una 'mezcla inteligente de medidas' (*smart mix of measures*); aunque difieren en algunos puntos, ambos sugieren que los instrumentos no vinculantes, aparejados con medidas obligatorias a nivel interno (y eventualmente a nivel internacional), con la adecuada vigilancia o monitoreo de sociedad civil y autoridades, pueden lograr un comportamiento responsable de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. Sobre estos puntos, véanse Ruggie, J.G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W.W. Norton & Co., 2013, p. xxiii, 125; Deva, S., *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012, p. 193.

y que equilibren las diferencias regulatorias entre países—, como con lineamientos o normas no vinculantes que orienten y permitan a sus destinatarios adaptar sus procesos internos para hacer frente a los impactos en los derechos humanos. Como se puede observar, la utilización de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en tanto se sientan las bases para la adopción de un tratado internacional en la materia no sólo es una idea lógica, sino complementaria y que puede permitir generar consensos y desarrollos jurídicos y prácticos que favorezcan la protección de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.<sup>317</sup>

En principio, las dos resoluciones no son contradictorias, sino que se complementan mutuamente: la resolución 26/9 contiene sendas referencias a los primeros dos pilares de los Principios Rectores (la obligación del Estado de proteger los derechos humanos, y de la empresa de respetarlos), mientras que la resolución 26/22 enfatiza la necesidad de concentrar el trabajo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y del Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos en el tercer pilar, particularmente a través del Proyecto sobre rendición de cuentas y mecanismos de reparación, por una parte, y de la exploración de las diversas medidas para garantizar el acceso a recursos jurídicos efectivos, por la otra.

En ese sentido, el proyecto sobre el tratado necesariamente deberá tomar en consideración el contenido de los Principios Rectores, que desde sus orígenes ha sido concebido como una plataforma sobre la que puede desarrollarse el andamiaje jurídico sobre el tema a nivel internacional. Ciertamente la presión y expectativa internacional en torno a este proyecto jurídico es alta, por lo que se espera que este ins-

---

<sup>317</sup> Darcy, S., 'A new business and human rights instrument?', p. 2, artículo presentado durante la sesión de lluvia de ideas sobre empresas y derechos humanos titulada *Access to Justice and Extraterritorial Obligations*, del 26 de febrero de 2015 en Ginebra. Disponible en [http://www.fes-globalization.org/geneva/documents/2015/2015\\_2\\_26\\_Darcy\\_Contribution%20to%20Roundtable%20-%20Geneva.pdf](http://www.fes-globalization.org/geneva/documents/2015/2015_2_26_Darcy_Contribution%20to%20Roundtable%20-%20Geneva.pdf) (visitado el 28 de julio de 2015).

trumento tome en consideración diversos elementos cuya característica común es su carácter controversial a la luz del derecho internacional. A esta cuestión se dedican los párrafos sucesivos.

### III. POSIBILIDADES Y DESAFÍOS DE UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Diversas cuestiones deben ser abordadas al momento de comenzar a reflexionar sobre la viabilidad y posibilidad de desarrollar un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. Sin embargo, este tema resalta por la necesidad de discutir sobre temas jurídicos que continúan siendo controversiales, como la competencia jurisdiccional, el sujeto obligado, las conductas a regular, los conflictos o jerarquía de normas a nivel internacional o los mecanismos de investigación y reparación a nivel internacional, entre otros. Debido a su profundidad y complejidad, los siguientes párrafos se limitarán a discutir de forma sucinta los principales desafíos y las posibilidades en la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, buscando sin embargo dilucidar las principales posiciones existentes en torno a los temas señalados.

Un punto inicial a considerar es que, bajo el derecho internacional, todo lo que no está prohibido está permitido.<sup>318</sup> Esa regla no escrita, frecuentemente invocada en el ámbito del ejercicio extraterritorial de la competencia,<sup>319</sup> permite considerar la posibilidad de desarrollar un

<sup>318</sup> Lo anterior fue señalado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927: PCIJ, *The Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Series A, No. 10, 7 de septiembre de 1927, p. 18.

<sup>319</sup> Bernaz, N., 'Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?', *Journal of Business Ethics*, vol. 117(3), 2013, p. 508; Len-

tratado bajo el derecho internacional de los derechos humanos que se centre en regular las actividades de sujetos no estatales, en este caso las empresas con operaciones transnacionales. En principio no existe ninguna barrera jurídica para ello bajo el derecho internacional, por lo que se ha considerado que las limitaciones que han existido para tal proyecto han sido particularmente de índole política o comercial.<sup>320</sup> Al ser sujetos de derecho interno, en principio el desarrollo de obligaciones jurídicas directas de carácter internacional sobre las empresas no encontraría mayor obstáculo (jurídico) que la conciliación de las posiciones políticas de los diferentes Estados. Incluso algunos tratados internacionales, como el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos,<sup>321</sup> han establecido obligaciones jurídicas directas en materia de reparación a cargo de las empresas, en donde el papel del Estado se ve (relativamente) reducido a asegurar la existencia de un foro adecuado y a regular los fondos de reparación que deben ser puestos a disposición por las empresas en caso de contaminación por hidrocarburos.

No obstante, no debe ignorarse el hecho de que este caso es bastante lejano al ámbito de los derechos humanos, un área tradicionalmente centrada en las obligaciones de los Estados, y que incluso en

---

hoff, A., 'International Law and Rules on International Jurisdiction', *Cornell Law Review*, Vol. 50, 1964, pp. 5-7; Inazumi, Mitsue, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Cambridge, Intersentia, 2005, pp. 23-30.

<sup>320</sup> Pitts, Ch., 'For a Treaty on Business & Human Rights', p. 2, artículo presentado en el seminario *Does the World Need a Treaty on Business and Human Rights? Weighing the Pros and Cons*, organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Notre Dame y el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos en Londres, el 14 de mayo de 2014. El autor hizo énfasis en la inexistencia de barreras jurídicas para desarrollar un tratado en la materia durante sus participaciones como panelista experto en la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental.

<sup>321</sup> International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, UNTS Vol. 973, 1975, p. 2.

ámbitos más cercanos como en el caso de la Organización Internacional del Trabajo, los instrumentos internacionales señalan repetidamente las obligaciones de los Estados de asegurar la debida aplicación del tratado respectivo.<sup>322</sup> Además de ello, los tratados internacionales de derechos humanos que existen en la actualidad establecen que las acciones de actores no estatales darán origen a una responsabilidad indirecta del Estado, con motivo de su omisión de asegurar el respeto de los derechos humanos protegidos por el instrumento en su territorio.<sup>323</sup> Sin embargo, ningún instrumento internacional de derechos humanos en vigor establece obligaciones jurídicas directas a ser implementadas por las empresas para salvaguardar o respetar los derechos que pudieran ser infringidos por sus operaciones.<sup>324</sup>

Otro argumento que resulta relevante destacar aquí es que los tratados internacionales de derechos humanos en vigor se han concentrado en identificar el acto que debe ser regulado (o protegido) por el Estado Parte del instrumento, sin enumerar las categorías de actores no estatales que tendrían la obligación jurídica de respetar o no infringir los derechos protegidos por el instrumento respectivo, ni la manera de garantizar la adopción de acciones que aseguren dicho

<sup>322</sup> López, C., 'International talks on a treaty on business & human rights: A good start to a bumpy road', 2015, disponible en <http://business-humanrights.org/en/international-talks-on-a-treaty-on-business-human-rights-a-good-start-to-a-bumpy-road> (visitado el 28 de julio de 2015).

<sup>323</sup> Véanse de Frouville, O., 'Attribution of Conduct to the State: Private Individuals' en Crawford, J., Pellet, A. & Olleson, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010; Latty, F., 'Actions and Omissions' en Crawford, J., Pellet, A. & Olleson, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Véase igualmente De Schutter, O., 'La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales' en Decaux, E. (ed.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2010, p. 47.

<sup>324</sup> Las referencias más directas se encuentra en los artículos 2(e) de la CEDAW y 1(e) de la Convención sobre Personas con Discapacidad, en donde se indica que el Estado deberá asegurar la eliminación de patrones de discriminación en las empresas privadas.

respeto.<sup>325</sup> En ese sentido, un tratado internacional en la materia podría ser innovador al establecer una obligación jurídica específica sobre una categoría (relativamente) específica de actores no estatales,<sup>326</sup> aunque corre el riesgo de ser percibido como un ejercicio diametralmente opuesto a la práctica habitual de los Estados en el ámbito de los derechos humanos.

Un segundo aspecto positivo para la determinación de estándares internacionales que normalicen (con la debida ratificación por los Estados) el marco regulatorio para las empresas en el ámbito de los derechos humanos es el dinamismo e impulso que este tema ha adquirido en la agenda internacional. El proyecto del tratado ha sido apoyado por numerosas organizaciones no gubernamentales (a través de la denominada “Alianza por el Tratado”),<sup>327</sup> así como por una cantidad significativa de Estados en vías de desarrollo, en lo que parece ser una continuación lógica y razonable tras la adopción de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en el 2011, y de las acciones adoptadas a nivel regional en Europa y América. Por ello, ante la convergencia de diferentes procesos internacionales en donde la participación e involucramiento del sector privado cobra mayor relevancia, este tema se vislumbra como uno de los espacios que permanecerá en la agenda internacional en las siguientes décadas.

A pesar de ello, existen varios aspectos que por su complejidad técnica constituyen desafíos que deberán ser debidamente analizados, discutidos y tomados en cuenta por los Estados que participen en las

---

<sup>325</sup> Por lo general, la mayoría de los tratados se han referido a terceros que actúen con el consentimiento o aquiescencia del gobierno, estableciendo por tanto la obligación de los Estados de adoptar medidas de derecho interno para prevenir las violaciones a los derechos humanos por actores no estatales.

<sup>326</sup> Para una perspectiva específica sobre esta cuestión, se recomienda al lector consultar de manera general la obra de Černič, J.L. & Van Ho, T. (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2015.

<sup>327</sup> Movimiento Global por un Tratado Vinculante, <http://www.treatymovement.com/alianza-para-el-tratado/>.

negociaciones sobre el proyecto de tratado. El primero de ellos es la cuestión de la competencia jurisdiccional, que tiene una relevancia particular en el marco actual de los litigios transnacionales por impactos en los derechos humanos como resultado de la actividad de las empresas.<sup>328</sup> Tal situación aparece con cierta frecuencia en los contextos en que las empresas con operaciones transnacionales generen un impacto negativo en los derechos humanos de las personas o comunidades del sitio donde operan; ante ello, surge la problemática para las víctimas de acudir a un foro judicial que pueda recibir sus reclamos. Sin embargo, como se ha podido observar en diversos casos judiciales recientes, los Estados receptores de inversión por lo general no tienen la posibilidad o la voluntad de dirimir casos en que empresas con operaciones transnacionales hayan estado implicadas (directamente o por complicidad) en violaciones a los derechos humanos.<sup>329</sup>

Ante el riesgo de denegación de justicia en el Estado receptor, las víctimas en ocasiones presentan sus demandas en los Estados de origen de las empresas,<sup>330</sup> o bien en foros en donde las leyes nacionales propician la utilización de sus tribunales como foros con competen-

---

<sup>328</sup> Numerosos estudios han sido preparados sobre este tema en el contexto de las empresas y los derechos humanos. Véanse *inter alia* De Schutter, O., 'Les affaires *Total* et *Unocal* : Complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme', *Annuaire français de droit international*, 2006; De Schutter, O., *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations* (22 de diciembre de 2006); Bucher, A., 'La compétence universelle civile', *Recueil des cours*, vol. 372, 2015.

<sup>329</sup> Desde luego, la principal referencia en la actualidad es respecto al caso de Chevron en el Ecuador, citado *supra*. En muchas ocasiones, dicha reticencia deriva de la influencia que tiene la presencia de la empresa en el Estado como resultado de su impacto económico positivo, o bien, por la amenaza de que las empresas comiencen un litigio arbitral contra el Estado con base en acuerdos bilaterales de inversión que potencialmente podrían ser muy costosos.

<sup>330</sup> Véase al respecto McCorquodale, R., 'Waving Not Drowning: Kiobel Outside the United States', *American Journal of International Law*, vol. 107, 2013, pp. 846-847, quien presenta el caso de los países europeos a la luz de los Reglamentos Bruselas I y Roma II.

cia universal, como los Estados Unidos de América.<sup>331</sup> No obstante, la práctica reciente se ha inclinado a limitar el ejercicio de dicha competencia universal (o extraterritorial) por los tribunales de Estados con pocos o nulos nexos con el caso en cuestión, en un esfuerzo por reducir las fricciones diplomáticas (particularmente con aquellos Estados en donde se encuentren registradas las empresas matrices), aunque también de limitar la concentración de litigios sin relación con la jurisdicción.<sup>332</sup> Desde luego, ante la incapacidad o desinterés de ciertos Estados por admitir a trámite dichos casos, las víctimas sufren la violación de otro de sus derechos humanos, a saber del derecho a un recurso judicial efectivo.

El proyecto de tratado deberá, considerando la práctica actual en la materia, buscar proponer soluciones efectivas a esta situación. Una situación ideal incluiría un fortalecimiento de las capacidades institucionales de los Estados receptores de inversión para tener la capacidad técnica y jurídica de dirimir las controversias ocurridas en su territorio, lo cual procesalmente y desde una perspectiva probatoria sería lo más sencillo. No obstante, en aquellos casos en que los Estados receptores no puedan (o no quieran, a pesar de quebrantar sus obligaciones de derechos humanos) dar trámite a dichos reclamos, el tratado podría establecer una competencia subsidiaria para los Estados de origen de las empresas, con la finalidad de que ejerzan su competencia jurisdiccional en aquellos casos en que empresas de su nacionalidad (o sus filiales en el extranjero) estén involucradas en violaciones a los derechos humanos.<sup>333</sup> El vínculo generador de la

---

<sup>331</sup> Pérez Correa Camarena, F., 'El Alien Tort Statute: El imperialismo judicial de los valores occidentales', *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 260, 2013.

<sup>332</sup> Esto ha sido resultado directo del caso *Kiobel* citado *supra*. Véase de forma general Cantú Rivera, H., 'The *Kiobel* Precedent and its Effects on Universal Jurisdiction and the Business & Human Rights Agenda', *Cuestiones Constitucionales*, No. 30, 2014.

<sup>333</sup> Sobre esta posibilidad, véase De Schutter, O., 'La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales' en Decaux, E. (ed.), *La*

competencia, por tanto, sería la “nacionalidad” de la empresa (es decir, aquél lugar donde se haya constituido o donde se encuentre su sede principal de operaciones), con lo que se establecería un orden de competencia que permitiría resolver ciertos conflictos derivados de la elección de jurisdicción.<sup>334</sup>

Asimismo, en casos de violaciones graves a los derechos humanos y ante la falta de ejercicio de la jurisdicción por los Estados receptor o de origen de las empresas, se podría prever la habilitación de una “tercera” jurisdicción por necesidad (*forum necessitatis*) que permitiera a las víctimas comparecer a exponer sus reclamos y demandas.<sup>335</sup> Claramente, el uso de esa “tercera” jurisdicción debe limitarse al máximo posible y ser excepcional, en virtud de su carácter polémico y de la oposición que pudiera surgir por parte de los Estados de origen o recepción de las empresas; para ello, será necesario definir de forma precisa lo que se entiende por “violación grave”, así como determinar los candados necesarios para evitar una utilización abusiva.

En este contexto de la competencia jurisdiccional deberá abordarse igualmente la cuestión de la asistencia o cooperación judicial entre países en casos que involucren impactos en los derechos huma-

---

*responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2010, p. 90.

<sup>334</sup> Dicha postura ha sido adoptada, por ejemplo, por el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (el vínculo de nacionalidad está contemplado en el artículo 4.2, y conforme al artículo 3.4, podrá incluir a personas jurídicas); o bien, ha sido utilizado en el contexto de los Puntos de Contacto Nacional en el marco de las Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Sobre este último punto, véase Cantú Rivera, H., “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp. 642-643.

<sup>335</sup> Bucher, A., ‘La compétence universelle civile’, *Recueil des cours*, vol. 372, 2015, pp. 103-106; Redfield, S., ‘Searching for Justice: The Use of Forum Necessitatis’, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 45, 2014, pp. 906-915.

nos como resultado de la actividad de las empresas,<sup>336</sup> a fin de favorecer que los casos puedan tramitarse con la menor cantidad de complicaciones posibles. Lo anterior será igualmente necesario para la cuestión de la ejecución de los fallos, con la debida adopción de medidas para asegurar que las sentencias a ejecutarse cumplan con los principios de respeto al orden público, al debido proceso y a la transparencia.

Un segundo tema que debería ser analizado en el marco de las discusiones a sostenerse por el Grupo de Trabajo intergubernamental es definir quién sería el sujeto obligado por el tratado. De forma común, se hace referencia a los impactos en los derechos humanos en el contexto de las operaciones de las empresas transnacionales. Sin embargo, ¿qué es una empresa transnacional? En realidad, ese término ha sido adoptado para referirse a los grupos de personas jurídicas de distintas nacionalidades que, bajo un nombre o marca común y a través de distintas estructuras corporativas, trabajan de forma coordinada en diferentes jurisdicciones.<sup>337</sup> De forma estricta, las empresas “transnacionales” no existen en el ámbito jurídico, por lo que adoptar un tratado internacional para regularlas parecería un ejercicio sin una finalidad clara. En todo caso, podría ser más efectiva la adopción de un instrumento internacional dirigido a regular las conductas de las empresas que generen impactos negativos en los derechos de las personas, que a regular a los entes jurídicos en sí. Volvemos, pues, a la discusión abierta previamente sobre la necesidad de regular el acto violatorio en vez de al actor, aunque en el marco de la presente dis-

---

<sup>336</sup> Lo anterior fue incluso propuesto por la Misión del Ecuador en la nota conceptual preparada para la primera sesión del Grupo de Trabajo. Véase Misión Permanente del Ecuador ante la ONU y otros Organismos Internacionales, *Concept note proposed under the responsibility of the designated Chair, Amb. María Fernanda Espinosa, Permanent Representative of Ecuador to the United Nations in Geneva*, §5, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/Session1.aspx> (visitado el 28 de julio de 2015).

<sup>337</sup> Sobre este punto, véase Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 199-201.

cusión existiría una delimitación clara en torno a las actividades realizadas por las personas jurídicas.

Como se puede observar, nuestra posición se inclina a favor de que en un eventual instrumento internacional se busque regular las actividades de las empresas de forma general, independientemente de que sus operaciones tengan carácter transnacional o meramente doméstico, ya que ante el impacto en los derechos humanos (y en la percepción de las víctimas) dicho carácter resulta irrelevante. Sin embargo, como lo ha propuesto la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) y la Alianza por el Tratado, un enfoque especial deberá darse también a los casos en donde la empresa tenga operaciones transnacionales, ante el incremento de la posibilidad de evadir la competencia de las diversas jurisdicciones donde opera.<sup>338</sup> Si bien podría parecer una discusión semántica, en el marco de la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental esta situación generó una importante confrontación entre los diversos Estados presentes. Dicha situación será abordada, sin embargo, en la siguiente sección.

Un tercer punto de marcada relevancia en este tema es la cuestión de la materia a regular, en el sentido de si el instrumento debe enfocarse en las violaciones más graves a los derechos humanos, o bien, si debe ampliarse a la protección de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Algunos se han inclinado por una posición pragmática y factible, sugiriendo la adopción de un tratado que se refiera exclusivamente a las violaciones graves de derechos humanos, ante la aceptación universal de la necesidad de prohibir o

---

<sup>338</sup> Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, *Joint written statement submitted by FIDH, Tides Center Project, ESCR-Net, non-governmental organizations with special consultative status, A/HRC/WG.16/1/NGO/7* (24 de junio de 2015), p. 5.

perseguir dichas conductas.<sup>339</sup> Lo anterior sería en principio más sencillo de acordar debido al reconocimiento de que las violaciones graves de derechos humanos que puedan constituir crímenes internacionales gozarían de la aceptación prácticamente incondicional de los Estados, como se ha acordado ya en materia penal.

Sin embargo, los impactos de las empresas por lo general no son respecto a violaciones graves, como torturas, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas, sino a otro tipo de conductas o actividades que impactan en los derechos económicos o sociales de la población (como en la salud, el trabajo, al agua o la alimentación), y que por tanto generan impactos importantes en el derecho a la vida. Asimismo, la adopción de un tratado sobre un espectro reducido de derechos podría sugerir la existencia de una jerarquía entre los diferentes derechos y libertades de los seres humanos, situación que sería incompatible con el carácter interrelacionado, interdependiente e indivisible que estos guardan. En ese sentido, un tratado con un enfoque minimalista podría resultar perjudicial para la protección global de los derechos humanos, lo cual indudablemente constituiría un retroceso a pesar de la viabilidad política de lograr tal acuerdo.

Un cuarto tema que tiene una importante relevancia para las discusiones del tratado es la jerarquía de las normas en el derecho internacional.<sup>340</sup> En el ámbito de las empresas y los derechos humanos, dos conjuntos normativos destacan por su contraposición: las normas

---

<sup>339</sup> Ruggie, J.G., 'A UN Business and Human Rights Treaty? An Issues Brief', p. 5, disponible en <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-on-un-business-human-rights-treaty-jan-2014.pdf>

<sup>340</sup> Sobre la jerarquía normativa en el derecho internacional, véanse de forma general Shelton, D., 'Normative Hierarchy in International Law', *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006; De Wet, E. & Vidmar, J., 'Conflicts Between International Paradigms: Hierarchy versus Systemic Integration', *Global Constitutionalism*, vol. 2(2), 2013; Hirsch, M., 'Interactions Between Investment and Non-investment Obligations' in Muchlinski, P., Ortino, F. & Schreuer, Ch. (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

o acuerdos de inversión a nivel internacional, por un lado, y los tratados de derechos humanos, por el otro.<sup>341</sup> De manera general, los tratados bilaterales de inversión buscan brindarle seguridad jurídica a los Estados contratantes respecto a la normatividad aplicable a las inversiones realizadas en un territorio determinado, además de garantizar al inversionista ciertas condiciones de trato que tienden a beneficiar sus intereses. Sin embargo, diversos casos en América Latina (y en otras regiones del mundo) han demostrado que la utilización de cláusulas de estabilización<sup>342</sup> nulifican el poder del Estado e impiden una adecuada y efectiva protección de los derechos humanos en las áreas en que la inversión está protegida.<sup>343</sup>

Uno de los principales impedimentos para que el Estado ejerza libremente su capacidad regulatoria (en el marco de su soberanía) a pesar de los tratados de inversión radica en el riesgo de ser demandados ante tribunales arbitrales constituidos para la solución de controversias entre Estado e inversionista. De forma usual, los laudos arbitrales han resultado particularmente costosos para los Estados, a pesar de la presentación de argumentos sobre normativas contendientes

<sup>341</sup> Se ha desarrollado una interesante y abundante línea doctrinal sobre este tema. Véanse en particular Dupuy, P.M., Petersmann, E.U. & Francioni, F. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009; Suda, R., 'The Effect of Bilateral Investment Treaties in Human Rights Enforcement and Realization' en De Schutter, O. (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006; Karamanian, S.L., 'The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration', *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17(2), 2013, pp. 432-447.

<sup>342</sup> Las cláusulas de estabilización son disposiciones incluidas en los tratados de inversión que tienden a garantizar al inversionista que las reglas acordadas en el instrumento bilateral no serán modificadas por eventuales reformas legislativas o regulatorias por parte del Estado receptor. En sí, tienden a "congelar" el poder regulatorio del Estado, ante el riesgo de usualmente costosos litigios ante tribunales arbitrales internacionales. Sobre las cláusulas de estabilización, véase Morgera, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 27.

<sup>343</sup> Un claro ejemplo en América Latina ha sido el derecho al agua; véase al respecto Meshel, T., 'Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond', *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6(2), 2015, pp. 281-301.

que prevén, por un lado, la protección de las inversiones extranjeras, y por otro, la protección de los derechos humanos de la población.<sup>344</sup> No obstante, la práctica arbitral raramente ha tomado en consideración las disposiciones aplicables de derechos humanos a la disputa arbitral, en virtud de usualmente encontrarse fuera del ámbito de competencia *ratione materiae* del tribunal, que por lo general tiene competencia sobre las normas determinadas en el acuerdo de inversión y que excluyen otras obligaciones contrapuestas que tiene el Estado.

Ante la frecuente imposibilidad de los Estados en vías de desarrollo de cumplir con sus obligaciones de derechos humanos con motivo de sus acuerdos de inversión, se ha comenzado a pugnar por el establecimiento de una jerarquía normativa a nivel internacional que reconozca la primacía de los derechos humanos frente a otras normas internacionales, incluyendo en el marco del Grupo de Trabajo intergubernamental. Teóricamente, no habría impedimento para establecer que los derechos humanos deben ser respetados aún en el contexto de obligaciones contrapuestas que han sido igualmente adquiridas por los Estados en el marco de su soberanía.<sup>345</sup> Sin embargo, los aspectos prácticos para la elaboración o implementación de tal jerarquía son particularmente complejos. Para comenzar, ¿qué legitimidad existe a nivel internacional para que un tratado sobre derechos humanos tenga primacía frente a diversos instrumentos bilaterales de inversión, particularmente si los Estados parte de éstos no acordaron dicha primacía en los respectivos instrumentos? ¿Qué ocurriría si un Estado parte de un tratado de inversión no lo es en un instru-

---

<sup>344</sup> Véanse por ejemplo CIADI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et al. c. República Argentina*, Caso No. ARB/97/3 (Laudo, 2007), §§3.3.2-3.3.6; CIADI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et al. c. República Argentina*, Caso No. ARB/03/19 (Decisión sobre responsabilidad, 2010), §§251, 254; ambos laudos fueron por cientos de millones de dólares, a favor de las empresas.

<sup>345</sup> *Cfr. Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy; Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, donde la Corte consideró que la inmunidad jurisdiccional tenía preponderancia ante los derechos humanos de las víctimas.

mento de derechos humanos que pretenda establecer dicha jerarquía normativa a nivel internacional? Y en su caso, ¿qué garantía existe de que tal declaración en un instrumento internacional vinculante será aplicada por mecanismos de solución de controversias de otros ámbitos normativos del derecho internacional, en particular por los tribunales arbitrales de inversión? Como se desprende de estas preguntas, la relativa simplicidad teórica de establecer una jerarquía jurídica internacional enfrenta numerosas aristas al momento de comenzar a reflexionar sobre su implementación.

Desde una perspectiva práctica, la mejor forma de lograr ese equilibrio entre derechos humanos y derechos de los inversionistas ocurriría a través de la renegociación de los tratados bilaterales de inversión existentes, de forma que se inserte una cláusula convencional que establezca una excepción regulatoria a favor del Estado para aquellos casos que pudieran generar impactos negativos en los derechos humanos por parte de los inversionistas. Lo mismo ocurriría con los tratados que aparezcan en el futuro, donde de mucha conveniencia sería contar con una evaluación previa a la ratificación del instrumento para medir los posibles impactos en la capacidad regulatoria del Estado y, por consecuencia, en su capacidad de protección de los derechos humanos.<sup>346</sup> Sin embargo, su concretización dependerá de la voluntad política que exista entre los Estados, lo cual desde luego puede resultar problemático ante la posibilidad de reducir la protección jurídica de las inversiones de empresas provenientes de países desarrollados. El tema de las inversiones y los derechos humanos es, sin lugar a dudas, uno de los espacios de discusión más complejos que estarán en la agenda del Grupo de Trabajo intergubernamental

---

<sup>346</sup> Véase Simma, B., 'Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?', *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 2011, pp. 594-596, quien propone una evaluación de impacto en derechos humanos previa a la suscripción de instrumentos internacionales de inversión.

sobre el tratado, y que seguramente merecerán la intervención de especialistas de las distintas ramas del derecho internacional.

Finalmente, uno de los principales temas que tendrán una importancia trascendental en las discusiones del Grupo de Trabajo intergubernamental será la cuestión de la implementación y monitoreo de cumplimiento del instrumento que llegase a ser adoptado. De forma particular, esta cuestión necesitará de profundas reflexiones si se desea en realidad crear un instrumento que tenga un impacto verdadero en la protección de los derechos humanos de las personas más desfavorecidas.<sup>347</sup> Los nueve tratados internacionales de derechos humanos adoptados hasta la fecha han instituido comités para monitorear la implementación de los estándares adoptados por los Estados, en muchos casos teniendo la oportunidad de recibir quejas individuales de individuos que consideren que sus derechos bajo un tratado en cuestión han sido violados. Asimismo, dichos órganos de tratado tienen la posibilidad de desarrollar una interpretación “oficial” del instrumento que lo creó, bajo la figura de observaciones generales. No obstante, a pesar de la competencia de recibir comunicaciones y de monitorear la implementación de las convenciones por los Estados, la efectividad de estos instrumentos es relativa en virtud de la incapacidad de garantizar el estricto cumplimiento y cooperación por los Estados parte. Sin embargo, no se vislumbran alternativas a este modelo con el respaldo político suficiente a nivel internacional para poder crear un sistema de monitoreo más efectivo.

---

<sup>347</sup> Desde hace algunos años se ha analizado la idea de crear una corte internacional de derechos humanos, con competencia para conocer sobre casos relativos a violaciones de derechos humanos cometidos por empresas. Sin embargo, ante la aparente polarización previo y durante la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental, dicha posibilidad parece de difícil realización. Para una discusión preliminar sobre el tema, véase Nowak, M., ‘The Need for a World Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review*, vol. 7(1), 2007, pp. 256-257.

En ese sentido, la determinación de cómo vigilar el cumplimiento del instrumento internacional vinculante que llegase a ser adoptado dependerá en gran medida de la determinación que sea acordada en cuanto a su contenido. Si bien la sociedad civil ha pugnado por un órgano con competencia para exigir a las empresas el cumplimiento de obligaciones jurídicas directas (lo cual sería una novedad en el derecho internacional de los derechos humanos), lo más probable es que el instrumento imponga obligaciones a los Estados de garantizar el respeto de los derechos humanos por las empresas que operen en su jurisdicción (es decir, de forma territorial) o que estén registradas en su país (lo cual por ende podría implicar también medidas de regulación de carácter extraterritorial). En otras palabras, la probabilidad principal es que el instrumento que se adopte posiblemente continúe operando bajo el modelo de responsabilidad indirecta que ha sido la norma bajo el derecho internacional.

Aún así, existen importantes interrogantes que deberán ser resueltas en el marco de las discusiones del tratado: por ejemplo, ¿cómo podría el sistema de comunicaciones individuales ser reformado para examinar tanto las acciones del Estado como de las empresas involucradas en una presunta violación de derechos humanos? ¿Cómo podría mejorarse el sistema de “reparaciones” que existe en el marco de los órganos de tratado? ¿Tendría el órgano creado competencia para supervisar las acciones tanto de Estados como de empresas, incluso a través de los informes periódicos que se utilizan en el contexto de los comités? Indudablemente, estas y otras preguntas deberán ser resueltas por el Grupo de Trabajo intergubernamental para determinar la forma de crear un órgano que tenga una mayor efectividad que la que se ha conseguido hasta ahora por los otros comités, particularmente en torno a las cuestiones de comunicaciones e informes periódicos. Particularmente en la cuestión de las comunicaciones, una reformulación del procedimiento relativamente estandarizado que se ha adoptado a través de los comités podría ser una opción

deseable e interesante, sobre todo si se considera la posibilidad de que las empresas (como responsables directas) y los Estados (como responsables indirectos) puedan comparecer en casos específicos ante el órgano resultante, con la finalidad de dirimir las controversias que tengan lugar a través de la mediación o conciliación, o de no ser posible, que se adopten vistas tendientes a señalar las violaciones cometidas tanto por empresas como por el Estado y, en su caso, que se dicten medidas de reparación a favor de las víctimas.<sup>348</sup>

Como se podrá observar, en el alba del funcionamiento del Grupo de Trabajo intergubernamental sobre un tratado de empresas y derechos humanos sobresalen las dudas respecto a cuestiones tanto sustantivas como procesales. Este tema, que durante tantas décadas ha sido debatido en el seno de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, finalmente tiene una oportunidad clara de concretizar sus objetivos y propuestas en un instrumento vinculante. Debido a su complejidad técnica, se espera que las discusiones se prolonguen durante varios años, en un esfuerzo por consagrar finalmente la obligación empresarial de respetar los derechos humanos y, eventualmente, de colaborar en su protección e implementación a nivel doméstico. Las cuestiones señaladas en los párrafos precedentes son algunas de los diversos aspectos que sin duda habrán de discutirse durante el ciclo del Grupo de Trabajo intergubernamental, y en particular durante las dos primeras sesiones, que servirán para informar la propuesta que deberá ser hecha por el Presidente-Relator del Grupo previo a la tercera sesión.

---

<sup>348</sup> Una interesante opción sería seguir el modelo instituido por el Comité de Derechos Humanos; véase al respecto David, V., 'Reparations at the Human Rights Committee: Legal Basis, Practice and Challenges', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32(1), 2014.

#### IV. BREVES REFLEXIONES SOBRE LA PRIMERA SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA SOBRE EL PROYECTO DEL TRATADO

La primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental tuvo lugar entre el 6 y 10 de julio de 2015 en la Sala de los Derechos Humanos y de la Alianza de las Civilizaciones, en Ginebra, con la participación de aproximadamente 50 Estados y numerosas organizaciones no gubernamentales con estatus consultivo ante el ECOSOC. Con algunas semanas de anticipación a la sesión, la Secretaría del Grupo de Trabajo circuló un programa de trabajo, que inicialmente incluiría bajo su cuarto punto de agenda siete paneles temáticos, referentes de forma general a los principios que integrarían un instrumento internacional en la materia, a su alcance y al contenido que debería incluir. Tras una elección unánime de la Embajadora del Ecuador como Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo intergubernamental, que claramente había sido acordada con los demás Estados participantes, se procedió a la adopción de la agenda y programa de trabajo.

En una posición que fue fuertemente criticada tanto por Estados como por representantes de la sociedad civil (y que incluso ha sido considerada como un intento de sabotaje de la sesión), la delegación de la Unión Europea, apoyada por Francia y Luxemburgo, propuso a la recién electa Presidenta del Grupo de Trabajo intergubernamental dos modificaciones al programa, condicionando su participación en los trabajos del Grupo a su aceptación: en primer lugar, que se incluyera un panel referente a los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos y su implementación a nivel interno, y en segundo lugar la inclusión de la palabra “todas” antes de “las demás empresas de negocios” en el programa de trabajo para la primera sesión.<sup>349</sup> Diver-

---

<sup>349</sup> Algunas delegaciones (como Cuba, Sudáfrica, Pakistán o Bolivia, El Salvador, Venezuela, India, Egipto e Indonesia, entre otras) y organizaciones no gubernamentales, sin embargo,

Las reflexiones deben hacerse sobre esta situación: en primer lugar, el llamado a incluir un panel sobre la implementación de los Principios Rectores obedece a distintos factores. La Unión Europea, tanto a nivel institucional como en sus Estados miembros, ha sido el único bloque regional que ha adoptado estrategias y lineamientos para desarrollar una agenda sobre la promoción e implementación de los Principios Rectores a nivel interno.

De la misma forma, la implementación del marco de la ONU a través de planes nacionales de acción ha ocurrido a la fecha únicamente en países europeos, lo cual podría servir para reflejar tanto que a nivel interno de esos países se han adoptado medidas para asegurar que las empresas respeten los derechos humanos, como que los demás países (incluso aquellos que propusieron la creación del Grupo de Trabajo intergubernamental, Ecuador y Sudáfrica) no han hecho el mínimo esfuerzo posible para adaptar su marco jurídico interno a las recomendaciones estipuladas en los Principios Rectores.

Por otra parte, la inclusión de un panel sobre los Principios Rectores posiblemente fue propuesto para atenuar la percepción de dicotomía que existe entre el proyecto del tratado y la implementación del marco de la ONU, y con ello, para asegurar que los Principios Rectores sean un elemento básico que esté presente en las discusiones del proyecto de tratado. A nivel logístico ese llamado de última hora para alterar el programa de trabajo sufrió de la falta de una preparación adecuada del panel (particularmente en cuanto al número de intervenciones), aunque a la distancia la impresión es que los Principios Rectores, aún si no se hubiera incluido dicho panel, de cualquier manera habrían sido un elemento intrínseco en el desarrollo de la sesión.

---

interpretaron la propuesta de la Unión Europea como un llamado a modificar el texto de la resolución 26/9 adoptada por el Consejo de Derechos Humanos.

En cuanto a la segunda propuesta de la Unión Europea, de incluir la palabra “todas” ante de “las demás empresas de negocios”, la cuestión es particularmente distinta. En los meses previos a la sesión, la posición común de numerosos Estados y organizaciones no gubernamentales había sido de utilizar este Grupo de Trabajo intergubernamental para que el instrumento fuera dirigido únicamente a empresas transnacionales. Sin embargo, la inclusión de la palabra “todas” tendría la intención de asegurar que el instrumento tenga un impacto en todas las empresas, independientemente de si sus operaciones se realizan de forma coordinada a nivel transnacional o si únicamente trabajan en una jurisdicción.

Ello podría generar dos efectos: crear un instrumento cuya implementación en la práctica sea inefectivo, ante la incapacidad de mecanismos internacionales o incluso nacionales de dar un seguimiento preciso a las actividades de millones de empresas, con operaciones transnacionales o no; o bien, desde un punto de vista jurídico, asegurar que el instrumento no exima a las empresas con sede en países en vías de desarrollo de cumplir con las obligaciones que eventualmente llegasen a ser estipuladas en el tratado, y con ello, que se diluyera el excesivo enfoque en las empresas de países desarrollados.

La modificación del texto del programa de trabajo para la primera sesión habría tenido un efecto práctico limitado, puesto que las intervenciones de los expertos invitados seguramente no habrían variado de forma significativa, y las primeras dos sesiones tienen por objetivo la discusión e intercambio de ideas para informar el proyecto de instrumento. Por el contrario, si la propuesta hubiera sido modificar el texto de la resolución 26/9 adoptada por el Consejo de Derechos Humanos (como algunos participantes en la sesión lo interpretaron), ello habría generado por lo menos una cuestión de mayor relevancia, aunque de carácter primordialmente procedimental: Al ser el Grupo de Trabajo intergubernamental un órgano creado en virtud de una resolución del Consejo, parece pertinente preguntar cuál sería su com-

petencia para modificar una decisión de un órgano superior. En principio, la lógica sugeriría que toda modificación de un mandato otorgado correspondería únicamente al Consejo de Derechos Humanos, quien en una sesión regular podría sujetar dicha propuesta a votación. En ese sentido, la propuesta de la Unión Europea en principio habría sido factible respecto a la modificación del Programa de Trabajo (al estar dentro de la competencia del Grupo de Trabajo intergubernamental), aunque no en torno a la modificación del contenido de la resolución 26/9.

Conforme a las Reglas de Procedimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que rigen también las actuaciones del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos derivados de éste, la moción de la Unión Europea debería haber sido sujeta a discusiones<sup>350</sup> (que en la práctica tuvieron lugar) y posteriormente a un voto. Sin embargo, sin haber llamado a un voto, la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo intergubernamental determinó adoptar el Programa de Trabajo modificado, incluyendo la primera propuesta de la Unión Europea sobre incluir un panel relativo a la implementación de los Principios Rectores a nivel interno.<sup>351</sup>

A pesar de este accidentado comienzo a la primera sesión, el Programa de Trabajo se desarrolló por lo general conforme a lo previsto. Así, se organizaron ocho paneles temáticos, divididos en cuatro grandes áreas: la implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, los principios para el proyecto de tratado, el alcance de un futuro instrumento vinculante<sup>352</sup> y finalmente

---

<sup>350</sup> Asamblea General, *Reglamento de la Asamblea General*, A/520/Rev.17 (Abril de 2008), Regla 78.

<sup>351</sup> Sobre este punto, la posición de México (con el apoyo de Chile y Uruguay) fue determinante para lograr una solución de compromiso, que permitiera la inclusión del panel propuesto por la Unión Europea, y logrando que se discutiera de forma posterior la modificación —o no— del Programa de Trabajo y de la resolución.

<sup>352</sup> Dos paneles se organizaron en torno al alcance: el primero sobre la definición y la naturaleza jurídica conforme al derecho internacional de las empresas transnacionales y otras

su posible contenido.<sup>353</sup> De forma general, tres grandes temas resaltaron en las discusiones sostenidas entre los expertos, los Estados y las organizaciones de la sociedad civil que participaron en la primera sesión: la profundidad que debe tener el eventual futuro instrumento (dimensión vertical), su amplitud (dimensión horizontal) y las obligaciones de los Estados para asegurar una mejor y más efectiva protección de los derechos humanos. Desde luego, algunas de estas cuestiones ya han sido abordadas en la sección anterior, por lo que los breves comentarios que a continuación se expondrán buscan reflejar la manera en que dichos temas fueron considerados por los participantes en la sesión.

Respecto a la profundidad del instrumento que comenzará a ser discutido a partir del año 2017 en el marco de la tercera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental, la discusión se ha concentrado en argumentar los motivos para que el instrumento se enfoque, por una parte, en las empresas transnacionales (o como ya se ha mencionado *supra*, en aquellas que realizan operaciones de carácter transnacional<sup>354</sup>), o por la otra —y en concordancia con la propuesta de la Unión Europea—, a todas las empresas, independientemente de su tamaño o giro.

---

empresas comerciales, y el segundo respecto a qué derechos humanos deben estar protegidos por el instrumento ante las actividades de las empresas.

<sup>353</sup> Bajo este rubro se organizaron cuatro paneles temáticos, respecto a las obligaciones de los Estados de garantizar el respeto de los derechos humanos por las empresas, incluso a través de obligaciones extraterritoriales; sobre las obligaciones de las empresas de prevenir las violaciones de derechos humanos y los estándares para su prevención y reparación; sobre los estándares para la determinación de la responsabilidad jurídica de las empresas y las conductas que la originarían; y finalmente, sobre los mecanismos nacionales e internacionales de reparación, la cooperación judicial internacional, y el Proyecto de Rendición de Cuentas y Mecanismos de Reparación de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

<sup>354</sup> Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, *Draft Report of the First Session*, A/HRC// (10 July 2015), §55 (disponible en línea en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Draftreport.pdf>)

En general, respecto a este tema hubo una tendencia inclinada hacia sujetar a las empresas transnacionales al instrumento internacional, en virtud de su poderío económico, la facilidad para moverse entre jurisdicciones (y con ello escapar a la competencia de los Estados según su conveniencia o necesidad) y para aprovechar las lagunas existentes tanto bajo el derecho internacional como bajo el derecho interno.<sup>355</sup> A pesar de que la posición de la delegación de la Unión Europea podría haber sido factual y jurídicamente correcta al señalar que cualquier empresa puede tener impactos negativos en los derechos humanos, independientemente de su tamaño o la naturaleza de las operaciones, su abandono (así como el de Francia) de la sesión impidió profundizar en los méritos de la propuesta, a pesar de que incluso algunas de las ONGs de mayor envergadura y posición en el tema (como la FIDH) compartían de cierto modo dicha perspectiva.<sup>356</sup> En general, parece que hay una fijación con la figura que representan las empresas con operaciones transnacionales, particularmente respecto de aquellas provenientes de países desarrollados con actividades en África, América Latina o Asia. Sin embargo, es posible que conforme avancen las negociaciones y sesiones del Grupo de Trabajo intergubernamental, la posición común de los distintos países vaya refinándose para concentrarse, como fue señalado en los debates durante las sesiones, en las lagunas provocadas directamente por las operaciones transnacionales de las empresas.

En lo que respecta a la dimensión horizontal, es decir a la amplitud que debería tener el instrumento, la discusión (previa y durante la sesión) se concentró en la necesidad de que el instrumento sea

---

<sup>355</sup> *Ibid.*, §53. Algunas delegaciones reconocieron durante la sesión la inexistencia de la figura jurídica de “empresa transnacional”, por lo que se sugirió concentrar el objetivo del instrumento en las operaciones de carácter transnacional que empresas de distintas nacionalidades realizan de forma coordinada para un objetivo común.

<sup>356</sup> Cabe resaltar que algunos países, incluyendo a México, Chile y Uruguay, respaldaron dicha propuesta.

amplio y que cubra la protección de todos los derechos humanos, o bien, que sea un instrumento de carácter minimalista (es decir, concentrado únicamente en las más graves violaciones a los derechos humanos que pudieran a su vez constituir crímenes internacionales). La ausencia de la mayor parte de los países integrantes del bloque occidental, que son los que en un principio podrían haber apoyado esta propuesta, generó que la discusión fuera sólo por referencia a posiciones expresadas previamente, sin que verdaderamente existiera un debate en la Sala XX. Tomando en cuenta el respaldo unánime a los Principios Rectores, el único motivo por el que se buscaría adoptar un instrumento internacional con un alcance reducido sería con la finalidad de lograr una aceptación relativamente indiscutida y rápida del mismo. No obstante, la posición general en el seno del Grupo de Trabajo intergubernamental fue en torno a la adopción de un instrumento internacional que proteja por igual todos los derechos humanos, respetando sus principios de indivisibilidad, interrelación e interdependencia.<sup>357</sup>

Finalmente, una tercera cuestión que sobresalió entre los debates fue relativa a las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos frente a las actividades de las empresas. Numerosas referencias a los pilares I y III de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos fueron hechas por las delegaciones de los Estados y las organizaciones de la sociedad civil, así como por los expertos invitados a la sesión, particularmente en torno a la necesidad de mejorar la cooperación internacional entre Estados en casos que involucren violaciones a los derechos humanos cometidos por empresas (o con su participación o colaboración), a la adopción de

---

<sup>357</sup> Lo anterior fue reflejado en el proyecto de informe presentado por la secretaría del Grupo de Trabajo de composición abierta: Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, *Draft Report of the First Session, A/HRC//* (10 July 2015), §56 (disponible en línea en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Draftreport.pdf>)

medidas regulatorias y jurisdiccionales con efecto o alcance extraterritorial, y a la estandarización de sus marcos normativos para incluir plenas obligaciones de las empresas de respetar los derechos humanos.

La principal atención se centró en dos cuestiones: el problema de la extraterritorialidad, por una parte, y de la jerarquía de los derechos humanos ante los instrumentos internacionales de protección de inversiones. Como ya se ha señalado, algunas puntos sustantivos de ambos temas han sido discutidos con antelación,<sup>358</sup> por lo que únicamente cabría añadir que hubo de manera general un amplio consenso entre los participantes respecto a la necesidad de colmar las lagunas jurídicas existentes en torno a la cuestión de la jurisdicción y regulación extraterritoriales, por una parte, y de determinar la existencia de una jerarquía normativa bajo el derecho internacional. Claramente, ante la ausencia de los principales países desarrollados en la sesión, no existió una verdadera contraposición y debate respecto a la factibilidad y retos jurídicos que existirían en ambos temas, que sin duda continuarán en la agenda de las sesiones venideras del Grupo de Trabajo intergubernamental.

## V. CONCLUSIONES

De forma general, se puede concluir que la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental —a pesar de la retirada de los países europeos y de la inasistencia de Estados como Japón, Noruega, Ca-

---

<sup>358</sup> Tanto en el cuerpo de este texto como en otras publicaciones. Sobre la cuestión de la extraterritorialidad, véanse Cantú Rivera, H., 'Developments in Extraterritoriality and Soft Law: Towards New Measures to Hold Corporations Accountable for their Human Rights Performance?', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 731-749; Bernaz, N., *op. cit.*; Deva, S., 'Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation' en Luetge, Ch. (ed.), *Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 1080-1086; Knox, J.H., 'A Presumption Against Extrajurisdictionality', *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010.

nadá, Reino Unido o los Estados Unidos de América— tuvo unas buenas discusiones iniciales sobre la adopción de un instrumento internacional vinculante,<sup>359</sup> en particular por su apertura hacia las organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, sería deseable que en aras de contar con un debate constructivo y comprometido con mejorar la protección de los derechos humanos afectados por las actividades de las empresas, se pudieran lograr los consensos necesarios para involucrar por lo menos a las delegaciones europeas, que de forma general han liderado el tema de las empresas y los derechos humanos en el marco de los Principios Rectores. En ese mismo sentido, sería conveniente que en el marco de las organizaciones regionales existentes<sup>360</sup> se continúe la discusión sobre el tema, no sólo respecto a la adopción de instrumentos o declaraciones regionales en la materia, sino también sobre la manera de ligar los procedimientos que puedan existir de forma paralela entre organizaciones regionales y las Naciones Unidas. Sólo con esfuerzos coordinados a nivel nacional, regional y universal, y con una amplia participación de los diferentes actores involucrados podrá este tema finalmente pasar de las discusiones a su instrumentalización, y con ello a la protección de las víctimas de violaciones de los derechos humanos en la práctica.

---

<sup>359</sup> En ese sentido, véase López, C., 'International talks on a treaty on business & human rights: A good start to a bumpy road', 2015, disponible en <http://business-humanrights.org/en/international-talks-on-a-treaty-on-business-human-rights-a-good-start-to-a-bumpy-road>

<sup>360</sup> La Organización de Estados Americanos, la Unión Europea, la Unión Africana o la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN en inglés).

# PLANES DE ACCIÓN NACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: SOBRE LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO INTERNO\*

## I. INTRODUCCIÓN

A cinco años del respaldo unánime<sup>361</sup> de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos<sup>362</sup> por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, es posible notar una consolidación importante a su alrededor, lo cual ha dado origen a un *ecosistema* o *constelación* internacional sobre responsabilidad empresarial. En el ámbito internacional se discute con mayor frecuencia el impacto de la actividad empresarial en los derechos humanos y el medio ambiente, incluyendo en el cambio climático, así como algunas maneras de medir y prevenirlo;<sup>363</sup> incluso, se ha reconocido esta situación en la agenda de desarrollo sostenible,<sup>364</sup> y se ha dado inicio a la discusión sobre la elaboración

---

\* *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVII, 2017.

<sup>361</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011).

<sup>362</sup> Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

<sup>363</sup> Convención Marco sobre el Cambio Climático, *Aprobación del Acuerdo de París*, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1 (12 de diciembre de 2015), §134; Anexo, Art. 6.8.b); Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/HRC/31/52 (1 de febrero de 2016), §§57, 66.

<sup>364</sup> Asamblea General, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015), §67.

de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos.<sup>365</sup> Lo mismo sucede en los ámbitos regional<sup>366</sup> y nacional, en donde se discuten tanto la elaboración de políticas públicas en la materia — como se verá en este artículo—, como legislación para regular el comportamiento empresarial.<sup>367</sup> Aún más, el cambio de paradigma que significan los Principios Rectores ha generado un fuerte impacto en otros ámbitos y organizaciones internacionales, como en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos<sup>368</sup> y en la Organización Internacional del Trabajo.<sup>369</sup>

Igualmente, a cinco años de los Principios Rectores, se ha podido observar el inicio de un movimiento para pasar del discurso a la práctica, tanto en el ámbito gubernamental como en el empresarial. En este último, han surgido iniciativas empresariales y de organizaciones

<sup>365</sup> Cantú Rivera, H., '¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2016, pp. 425-460; De Schutter, O., 'Towards a New Treaty on Business and Human Rights', *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, pp. 41-67; López, C. & Shea, B., 'Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session', *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, pp. 111-116; Fasciglione, M., 'Towards a Human Rights Treaty on Transnational Corporations and Other Business Enterprises: The First Session of the UN Open-ended Intergovernmental Working Group', *Diritti umani e diritto internazionale*, No. 3, 2015, pp. 673-681; Bilchitz, D., 'The Necessity for a Business and Human Rights Treaty', *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(2), 2016, pp. 203-227.

<sup>366</sup> Cantú Rivera, H., "Regional Approaches in the Business & Human Rights Field", *L'Observateur des Nations-Unies*, Vol. 35, 2013.

<sup>367</sup> Tal es el caso de Francia, Suiza, Alemania y los Estados Unidos, en diferentes medidas y ámbitos, aunque particularmente centradas en deberes empresariales de debida diligencia con respecto a los derechos humanos.

<sup>368</sup> Cantú Rivera, H., 'La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XV, 2015, pp. 611-658.

<sup>369</sup> En la última Conferencia Internacional del Trabajo, uno de los temas más destacados fue justamente el de las cadenas de suministro y las violaciones a derechos laborales que en ellas se dan. Organización Internacional del Trabajo, *Resolución relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro* (10 de junio de 2016).

no gubernamentales para medir el desempeño de las empresas en el desarrollo de instrumentos y políticas que sirvan para prevenir y/o mitigar impactos en los derechos humanos, tratando de impulsarlas hacia una competitividad propositiva en beneficio de los derechos humanos.<sup>370</sup> Por el contrario, en el ámbito gubernamental, prácticamente la discusión se ha orientado hacia un indicador único: el desarrollo de Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos (en lo sucesivo ‘Planes de Acción Nacional’ o ‘PANs’). Ha sido tal el interés que ha despertado esta cuestión (y el empuje que ha recibido de los diferentes actores que participan en la discusión global sobre los derechos humanos y las empresas), que prácticamente el avance o retraso que pueda tener un país en esta temática se puede medir con base en el nivel de desarrollo de una política pública en la materia. A la par, distintas organizaciones han emitido recomendaciones sobre metodologías para desarrollar estos planes de acción, con el objetivo de generar proyectos con bases relativamente homogéneas.<sup>371</sup>

---

<sup>370</sup> Hay numerosos ejemplos de lo anterior: desde la primera iniciativa que surgió a mediados de la primera década del 2000 (*Business Leaders Initiative on Human Rights*) para probar la efectividad de las Normas propuestas por la Subcomisión para la promoción y protección de los derechos humanos de la ONU, hasta las empresas que trabajaron con John Ruggie para probar en la práctica los elementos del segundo pilar de los Principios Rectores, sobre la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos a través de la debida diligencia y las evaluaciones de impacto (como Cerrejón en Colombia, o Sakhalin Energy en Rusia), se ha podido observar un aumento en las prácticas empresariales orientadas hacia la sostenibilidad y el respeto a los derechos humanos. Por otra parte, algunas ONG, en conjunto con otros actores, han comenzado igualmente a trabajar con y exigir a las empresas que respeten los derechos humanos, a través del uso de indicadores de evaluación (como es el caso del *Corporate Human Rights Benchmark*) o del desarrollo de metodologías uniformes para la presentación de informes sobre sus acciones para identificar, medir, prevenir y/o mitigar riesgos de impacto a los derechos humanos (tal es el caso del *UNGP Reporting Framework*).

<sup>371</sup> El ejemplo más significativo a la fecha es el manual de herramientas desarrollado conjuntamente por la Mesa Internacional de Rendición de Cuentas Empresarial (*International Corporate Accountability Roundtable*, o ICAR) y el Instituto Danés de Derechos Humanos: ICAR/DIHR, *National Action Plan on Business and Human Rights: A Toolkit for the Development, Implementation, and Review of State Commitments to Business and Human Rights Frameworks*, 2014.

Como se puede observar, detrás de un gran esfuerzo de la sociedad civil, se están dando pequeños pasos para desarrollar estándares y prácticas corporativas y estatales que permitan un efectivo respeto y una verdadera protección de los derechos humanos.

Sin embargo, llama la atención el particular enfoque en una única manera de desarrollar la temática a nivel estatal, a través de los Planes de Acción Nacional, sobre todo tomando en cuenta el enfoque multicultural de los derechos humanos y el margen de apreciación que de manera general los Estados tienen para implementar sus obligaciones internacionales en la materia. Ante dicha situación, el presente artículo pretende analizar dos cuestiones: en primer lugar, si los Planes de Acción Nacional son herramientas efectivas para que los Estados cumplan con su deber de protección de los derechos humanos, y en segundo término, cuáles son los principales retos a los que se enfrentan los Estados al momento de desarrollar, adoptar y revisar dichas políticas públicas.

A pesar de la poca experiencia existente aún en la materia, acompañada por una todavía incipiente literatura jurídica al respecto (y en particular en lengua hispana, donde la temática no ha sido aún objeto de estudio), el presente artículo utilizará la experiencia de los planes ya adoptados en algunos países del mundo para analizar —tras una breve síntesis para intentar definir lo que son las políticas públicas— el contexto en que se originó y consolidó el movimiento internacional para el desarrollo de Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos. Posteriormente, se revisarán las principales oportunidades y desafíos para instrumentalizar los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos a través de las políticas públicas, haciendo cierto énfasis en los retos procedimentales y sustantivos. Tras ello, se harán breves comentarios sobre la (in) eficacia de los Planes de Acción Nacional como herramientas para la implementación de las obligaciones internacionales del Estado, matizadas al contexto de la actividad empresarial por los Principios Rectores, antes de presentar algunas reflexiones finales.

Antes de comenzar, se presentan dos advertencias al lector: debido a la complejidad, número y potencial actualización al ser políticas gubernamentales, el presente artículo no analizará de forma individualizada los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos que han sido adoptados por algunos países (diez a la fecha de escritura). Por el contrario, el estudio se concentrará en presentar observaciones generales sobre los principales retos y oportunidades que dichas herramientas presentan —desde luego partiendo de la experiencia y resultado de esas diez iniciativas—, a fin de identificar su verdadero potencial como herramientas de cambio a nivel doméstico y de implementación de las obligaciones internacionales de derechos humanos de los Estados. Por otra parte, el presente artículo comparte el resultado de las reflexiones y práctica del autor como miembro de distintas organizaciones y grupos que trabajan en el desarrollo de estándares sobre empresas y derechos humanos, sin que dichas posiciones reflejen necesariamente la postura de dichas organizaciones. Sin más preámbulo, procedemos a realizar un breve análisis introductorio sobre las políticas públicas.

## II. BREVES COMENTARIOS SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de comenzar el análisis de la temática principal, hagamos una aclaración conceptual sobre lo que se entiende por políticas públicas,<sup>372</sup> así como sobre sus elementos y objetivos. Para Hassenteufel, las políticas públicas combinan dos elementos (por lo menos en lo que respecta a su terminología en inglés), a saber *polity* y *policy*. La primera, *polity*, se refiere a la política en sentido amplio, como una forma de poder que

---

<sup>372</sup> González Tachiquin, M., “El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina”, *Quid Juris*, Vol. 2, 2005, p. 110: “Así pues, una política pública implica el establecimiento de una o más estrategias orientadas a la resolución de problemas públicos así como a la obtención de mayores niveles de bienestar social resultantes de procesos decisionales tomados a través de la coparticipación de gobierno y sociedad civil, en donde se establecen medios, agentes y fines de las acciones a seguir para la obtención de los objetivos señalados.”

legítima el uso de la fuerza pública; la segunda, *policy*, se refiere a la idea de un conjunto de acciones u omisiones motivadas, como base de una decisión racional, llevadas a cabo por un actor colectivo o individual. Combinando ambos elementos, el autor considera que las políticas públicas son entonces la representación de un programa de acción de una o varias autoridades públicas o gubernamentales.<sup>373</sup> Según Hassenteufel, las políticas públicas constan de tres elementos: sus *fundamentos*, es decir, la lógica que les da origen, sin duda derivada de una problemática pública o social que el Estado, dentro de sus funciones y actividades, debe atender; los *instrumentos de acción*, por los cuales los Estados desarrollan las acciones necesarias para atender la problemática; y finalmente, el *público* sobre el que se ejerce la acción.<sup>374</sup>

Otros dos autores franceses, Mény y Thoenig, consideran que las políticas públicas tienen cinco elementos: un conjunto de medidas concretas que dan sustancia a la política; la toma de decisiones en mayor o menor grado autoritarias; un marco general de acción, es decir, un programa integral y coherente para atacar un problema específico; un público al que la política va dirigida, y finalmente, una serie de metas u objetivos a cumplir o satisfacer.<sup>375</sup> El objetivo de esos cinco elementos conjugados se vuelve, por consecuencia, la resolución de una problemática a través de acciones concretas del Estado.<sup>376</sup> Para Vázquez y Delaplace, las políticas públicas buscan “encarar y resolver un problema público de forma racional a través de un proceso de acciones gubernamentales.”<sup>377</sup> Para lograr tal resultado, las políticas públicas deben pasar por ciclos permanentes y continuados de análisis, implementación y evaluación,<sup>378</sup> a fin de intentar resolver los problemas que aparecen en una sociedad determinada.

<sup>373</sup> Hassenteufel, P., *Sociologie politique: l'action publique*, 2ª ed., París, Armand Colin, 2014, p. 7.

<sup>374</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>375</sup> Mény, Y. y Thoenig, J.C., *Politiques publiques*, París, P.U.F., 1989.

<sup>376</sup> Muller, P., *Les politiques publiques*, 10ª ed., París, P.U.F., 2013, p. 25.

<sup>377</sup> Vázquez, D. y Delaplace, D., “Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos: Un campo en construcción”, *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 14, 2011, p. 36.

<sup>378</sup> *Ibid.* Según los autores, “El ciclo está conformado por siete procesos: entrada del problema a la agenda pública, estructuración del problema, set o diseño de las soluciones posibles, el

Volviendo a Hassenteufel, existen varios tipos de políticas públicas —de entre las cuales valdrá la pena retener la noción de *política pública incitativa*, por ser cercana a la temática central de este artículo—,<sup>379</sup> que permiten categorizar de forma amplia las distintas actividades que el Estado decide desarrollar en su soberano funcionamiento. Es en este momento donde cabe formular una pregunta importante: ¿entonces la política pública, vista como una expresión de la autoridad y soberanía del Estado para atender una problemática particular a través de instrumentos específicamente diseñados para tal fin, implica únicamente la participación de los funcionarios públicos para la resolución de dicha problemática? Una respuesta clásica es formulada por Muller, quien señala que si bien no todos los participantes en el diseño, ejecución y evaluación de una política son funcionarios públicos, estos son la principal base participativa en sus distintos ciclos.<sup>380</sup>

Aquí conviene hacer otro breve paréntesis: desde el inicio de los estudios de las políticas públicas, estas se consideraron como instrumentos o programas diseñados para resolver problemáticas ligadas a un territorio y población, es decir, partiendo de la base de los elementos de un Estado. Sin embargo, la globalización ha llevado a que

---

análisis de los puntos a favor y en contra de las mismas, la toma de decisión, la implementación y la evaluación.” Sin embargo, añaden: “Hoy sabemos que el proceso de PP puede seguir estos pasos, pero no siempre y no necesariamente es así, en más de un caso los eslabones se empalman y el proceso se convierte en un dubitativo paso a paso.”

<sup>379</sup> Hassenteufel, P., *op. cit.*, pp. 10-12: según el autor, existen políticas reglamentarias (que obligan a sus destinatarios); políticas distributivas (que facultan a los individuos que cumplan de ciertas condiciones a beneficiarse de alguna acción pública particular); políticas redistributivas (que establecen reglas específicas para un grupo determinado, quienes se pueden beneficiar de la acción pública si cumplen determinados criterios); políticas constitutivas (que por lo general establecen procedimientos que los destinatarios deben seguir); y finalmente, políticas incitativas, en donde se reconoce que no necesariamente corresponden a un contenido específico o claro, y al tener una dimensión simbólica, pueden constituirse por informes, discursos públicos o medidas organizacionales que no necesariamente buscan una toma de decisiones concretas, sino actuar en torno a la representación de un problema y mostrar que los funcionarios están preocupados por un desafío o problemática particular.

<sup>380</sup> Muller, P., *op. cit.*, p. 36.

las problemáticas locales se difuminen —o más bien, se expandan—, convirtiéndose en muchos casos en situaciones regionales o mundiales, que ya no necesariamente están ligadas a un territorio específico, sino más bien a sectores productivos o sociales íntimamente ligados entre sí, y que no necesariamente obedecen a fronteras políticas o territoriales. Así, al estar frente a problemáticas sectoriales, los Estados deben desarrollar respuestas transversales —tanto material como políticamente— que les permitan atender esas cuestiones en los diferentes sectores productivos o sociales.<sup>381</sup>

Para Hassenteufel, la globalización económica ha llevado justamente a transitar de políticas públicas nacionales —adoptadas por administraciones públicas locales o nacionales democráticamente electas— hacia políticas públicas transnacionales —determinadas en contextos multilaterales o regionales, usualmente por élites tecnocráticas—,<sup>382</sup> que se definen como “el conjunto de programas de acción reivindicados por autoridades públicas, que tienen por objeto producir efectos que rebasen el marco de un territorio nacional.”<sup>383</sup> Así como esta situación ha llevado a que las soluciones propuestas para atender ciertas problemáticas transfronterizas se hagan fuera de un marco territorial determinado, también ha implicado una mayor presencia de actores no estatales, como organizaciones no gubernamentales o empresas con operaciones transnacionales, con sus correspondientes efectos e intereses en la definición y adopción de las políticas públicas.<sup>384</sup> Debido a esta situación, podemos constatar una democratización en la elaboración de dichas políticas, que escapa del control del Estado y

<sup>381</sup> En efecto, Muller señala que las administraciones públicas deben volverse cada vez más especializadas para poder construir los instrumentos adecuados que permitan a las políticas públicas ser efectivas. Muller, P., *op. cit.*, p. 11.

<sup>382</sup> Hassenteufel, P., *op. cit.*, pp. 17-20.

<sup>383</sup> Petiteville, F. y Smith, A., “Analyser les politiques publiques internationales”, *Revue française de science politique*, Vol. 56(3), 2006, p. 362. La traducción es nuestra.

<sup>384</sup> Hassenteufel, P., *op. cit.*, p. 19, quien señala que dichas interacciones transfronterizas son cada vez menos controladas por los Estados, debido a la relevancia que han tomado algunos actores transnacionales, como las ONGs, las empresas o los expertos, en dichos procesos.

que al ser plural, en teoría debe facilitar el diseño y ejecución de instrumentos hechos a la medida para resolver un problema complejo.

Si bien no se pretende utilizar el presente artículo como un escaparate para desarrollar argumentos que no necesariamente están directamente vinculados al derecho internacional, es pertinente esbozar estos comentarios para dar un mayor contexto al tema que se atenderá, debido en particular a la insistencia de John Ruggie, en su mandato como Representante Especial sobre empresas y derechos humanos, de que los Estados utilicen la totalidad de recursos jurídico-administrativos disponibles para proteger los derechos humanos frente a la actividad empresarial.<sup>385</sup> En ese sentido, la prominencia de estas herramientas políticas como elementos potenciales para la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno, llaman no sólo a un análisis detallado de dicha polinización cruzada, sino incluso a considerar la trascendencia de enfocar el estudio en elementos de la acción pública distintos a la normatividad y su interpretación en el ámbito judicial.

Por lo pronto, tomando en consideración las breves observaciones que se hicieron en las páginas precedentes respecto a los elementos, objetivos y evolución de las políticas públicas, para el propósito de este artículo estas se entenderán como el conjunto de acciones, medidas e instrumentos adoptados por la administración pública —es decir, excluyendo a los órganos legislativos y judiciales—, a través de procesos cíclicos de diseño, implementación y evaluación, para atacar y (buscar) dar respuesta a una problemática social, jurídica y/o económica. Partiendo de esta base, pasamos, ahora sí, a analizar el contexto en que aparecen los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos en la esfera internacional.

---

<sup>385</sup> Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), §§18-22.

### III. LA APARICIÓN DE LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO INTERNACIONAL

La utilización de Planes de Acción Nacional como herramientas de los Estados para poner en práctica y satisfacer sus obligaciones internacionales no es una cuestión que haya aparecido en el contexto de la discusión sobre las responsabilidades empresariales en el ámbito de los derechos humanos. Al contrario, la práctica se remonta por lo menos a 1993, cuando en el marco de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos —donde se adoptó la Declaración y Programa de Acción de Viena—<sup>386</sup> se estipuló que los Estados deberían adoptar tales proyectos para reforzar la promoción y protección de los derechos humanos.<sup>387</sup>

En el ámbito de la responsabilidad empresarial, el llamado a desarrollar estos proyectos surgió en el año 2011, cuando la Comisión Europea urgió a los Estados a adoptar Planes de Acción Nacional para implementar los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos a través de su Comunicación 681, titulada *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*.<sup>388</sup> Si bien el documento contiene un enfoque particularmente centrado en la responsabilidad social empresarial —mismo que hemos criticado y diferenciado de la temática de empresas y derechos humanos en otro momento—,<sup>389</sup> el hecho de que haya pro-

<sup>386</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Viena* (25 de junio de 1993), §71.

<sup>387</sup> Asamblea General, *Conferencia mundial de derechos humanos*, A/RES/48/121 (20 de diciembre de 1993).

<sup>388</sup> Comisión Europea, *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM/2011/681/FINAL (25 de octubre de 2011), §4.8.2.

<sup>389</sup> Sobre esta diferenciación, véanse Cantú Rivera, H.F., “Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 325-331; Ramasastry, A., “Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability”, *Journal of Human Rights*, Vol. 14(2), 2015, pp. 237-259.

puesto el desarrollo de planes nacionales fue un parteaguas importante para guiar la actividad de los Estados, hasta ese momento incierta, en torno a la utilización de distintos elementos de su actividad para establecer directrices claras en la materia. Esta medida de la Comisión Europea fue eventualmente secundada por el Consejo de la Unión Europea, que en el año 2012 incluyó dichas medidas en su *Marco Estratégico y Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia de la Unión Europea*,<sup>390</sup> designando como plazo para que los Estados europeos desarrollaran sus estrategias de implementación el año 2013. Sin embargo, a esa fecha de vencimiento, sólo el Reino Unido y los Países Bajos habían publicado sus respectivos Planes de Acción Nacional; a la fecha de escribir este texto, el número de Estados europeos que han adoptado tales estrategias continúa siendo relativamente bajo, al sólo haber siete planes de acción formalmente adoptados,<sup>391</sup> con otros nueve países de la región trabajando hacia ese mismo objetivo.

En seguimiento tanto a la Comunicación 681 de la Comisión como al *Marco Estratégico y Plan de Acción* del Consejo de la Unión Europea, ambos órganos han refrendado la necesidad de continuar trabajando la cuestión de las empresas y los derechos humanos, notablemente a través del desarrollo y adopción de Planes de Acción Nacional, en sus estrategias de seguimiento. Así, la Comisión Europea incluye en su *Plan de Acción para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019)* un llamado a desarrollar e implementar Planes de Acción Nacional para la implementación de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos en los

---

<sup>390</sup> Consejo de la Unión Europea, *Marco Estratégico y Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia de la UE*, Doc. 11855/12 (25 de junio de 2012), §25.(c).

<sup>391</sup> Los Planes de Acción Nacional de España e Italia no han sido formalmente aceptados, debido a obstáculos políticos en sus respectivos ámbitos gubernamentales. Por otra parte, el Reino Unido ya ha publicado una versión revisada de su Plan de Acción Nacional, siendo el único país en haber llevado tal procedimiento. En cuanto al resto de países que han desarrollado un plan de acción, estos son Dinamarca, Finlandia, Lituania, Suecia y Noruega, además de los ya mencionados Reino Unido y Países Bajos.

Estados miembros antes del 2017,<sup>392</sup> mientras que el Consejo de la Unión Europea hace un doble llamado, tanto a los Estados miembros como respecto de sus socios en otras regiones, a continuar con ese mismo trabajo para el desarrollo de políticas públicas en la materia.<sup>393</sup>

La proactividad de la región europea sin duda influyó en la actividad del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos,<sup>394</sup> que en su informe de 2012 hizo un llamado a desarrollar planes nacionales para la implementación de los Principios Rectores,<sup>395</sup> mientras que en el 2014 presentó su informe a la Asamblea General de la ONU justamente analizando la cuestión de los Planes de Acción Nacional y los elementos que éstos deben contener.<sup>396</sup> Una problemática importante era que hasta entonces no había una dimensión clara sobre lo que implican los Planes de Acción Nacional en el contexto de la responsabilidad empresarial, a lo que el Grupo de Trabajo respondió señalando que su “propósito fundamen-

<sup>392</sup> Comisión Europea, *Plan de Acción para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019): “Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE”*, JOIN(2015) 16 final, §17.b.

<sup>393</sup> Consejo de la Unión Europea, *Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019)*, Doc. 10897/15 (20 de julio del 2015), §18.a, c.

<sup>394</sup> Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Resultados del segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/WG.12/2/1 (7 de junio de 2012), §2, en donde el Grupo de Trabajo de la ONU informa que tras haber participado en una conferencia de expertos de la Unión Europea sobre empresas y derechos humanos previo a su período de sesiones, acogió positivamente la propuesta de la formulación de planes nacionales para aplicar los Principios Rectores en los Estados miembros.

<sup>395</sup> Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/20/29 (10 de abril de 2012), §68: “El Grupo de Trabajo alentará los esfuerzos de aplicación... por ejemplo promoviendo la creación de planes nacionales de acción y programas de fomento de la capacidad relacionados con la aplicación.”

<sup>396</sup> Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/69/263 (5 de agosto de 2014).

tal... es prevenir las violaciones de los derechos humanos por las empresas y reforzar la protección contra ellas mediante un proceso inclusivo en el cual se determinen las necesidades y las deficiencias, junto con las medidas prácticas y viables, y los objetivos.”<sup>397</sup> En el mismo sentido, se señala en el informe que “los Estados hacen balance de las medidas que ya tienen en marcha para aplicar los Principios Rectores y determinan las carencias que exigen nuevas medidas normativas a esos efectos.”<sup>398</sup> En principio, la lógica detrás de los Planes de Acción Nacional se centra en todas las medidas y proyectos que los Estados deben desarrollar para cubrir las lagunas reglamentarias, legislativas y de política pública que propician la existencia de zonas grises, debido a las cuales, de forma voluntaria o involuntaria, las empresas generan impactos negativos en los derechos humanos.

La clarificación hecha por el Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos sobre lo que se espera de los Planes de Acción Nacional, así como una serie de consultas multiactor (*multistakeholder* en inglés) que se desarrollaron tanto de forma previa como posterior a la presentación del informe, han generado un incremento en la atención a esta temática, que incluso se ha extendido a otras regiones del mundo. En el caso del continente americano, la Organización de Estados Americanos (OEA) comenzó a considerar la temática de la responsabilidad empresarial en el ámbito de los derechos humanos en el 2014,<sup>399</sup> aunque el tema de los Planes de Acción Nacional no formó parte de la agenda formalmente sino hasta el 2016, al solicitar en el marco de una resolución<sup>400</sup> que la Secretaría General, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral colaboren en el marco de sus

---

<sup>397</sup> *Ibid.*, §2.

<sup>398</sup> *Ibid.*, §6.

<sup>399</sup> Asamblea General, *Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial*, AG/RES.2840 (XLIV-O/14) (4 de junio de 2014).

<sup>400</sup> Asamblea General, *Promoción y protección de los derechos humanos*, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) (14 de junio de 2016).

atribuciones para el desarrollo de estándares en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, incluyendo *inter alia* a través del desarrollo de Planes de Acción Nacional como una forma de implementar los Principios Rectores.<sup>401</sup>

Si bien el desarrollo de estos instrumentos ha sido relativamente lento, su discusión en el seno gubernamental de los distintos Estados comenzó a avanzar más rápidamente tras la adopción de la resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre el inicio de las discusiones y trabajos en vista de la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en la materia,<sup>402</sup> en junio de 2014. De cierta forma, el hecho de que los Estados se hayan visto confrontados a una eventual (y posible) regulación jurídica internacional en cuanto a la actividad empresarial y sus impactos en los derechos humanos ha generado una presión suficientemente fuerte para avanzar en el desarrollo de estos programas públicos, posiblemente como forma de justificar que no es necesario establecer otro marco convencional,<sup>403</sup> y de reforzar la aproximación jurídicamente flexible que constituyen los Principios Rectores a través de mecanismos de implementación.

El Grupo de Trabajo señala en su informe la importancia de que los Planes de Acción Nacional no sólo sean vistos como estrategias públicas que orienten la acción del Estado a colmar las lagunas legislativas, reglamentarias o prácticas existentes, sino también como una especie de guía o forma de interacción con las empresas para que estas cumplan con sus propias responsabilidades.<sup>404</sup> En ese sentido, propone

<sup>401</sup> *Ibid.*, §I.ii.3.

<sup>402</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014).

<sup>403</sup> Una clara muestra de lo anterior es la insistencia de la Delegación de la Unión Europea durante la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de incluir un panel sobre los avances en la implementación de los Principios Rectores, cuyo objetivo fue resaltar la idoneidad de los Planes de Acción Nacional; sobre este punto, véase Cantú Rivera, H., '¿Hacia un tratado internacional...', *op. cit.*, pp. 449-452.

<sup>404</sup> Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/69/263 (5 de agosto de 2014), §33.

por una parte una coherencia vertical en torno a aquellos instrumentos públicos que sirven al Estado para cumplir su función de garante de los derechos humanos, y por la otra, una coherencia horizontal respecto a los distintos actores (estatales y no estatales) que intervienen en la regulación de las empresas, independientemente de que estas sean de capital (total o mayoritariamente) público o privado, incluyendo en cuanto al uso de la debida diligencia en materia de derechos humanos.<sup>405</sup>

El informe también identifica particularmente las áreas en las que los Estados pueden trabajar para fomentar una mayor prevención de impactos negativos sobre los derechos humanos, notablemente a través de los Pilares I y III de los Principios Rectores, aunque también identifica interesantes áreas de oportunidad en cuanto al Pilar II, en especial a través de un enfoque informativo y de guía a las empresas sobre cómo satisfacer su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

En lo que respecta al Pilar I, sobre el deber estatal de proteger los derechos humanos, se señala que los Planes de Acción Nacional son instrumentos adecuados para determinar las obligaciones del Estado tanto frente a las empresas de propiedad estatal o controladas por éste, como de las empresas privadas.<sup>406</sup> De forma general, se identifican cuatro medidas cuya inclusión en los planes de acción es relevante para que el Estado cumpla con su deber de protección: en primer lugar, el señalar de forma clara la expectativa existente sobre el comportamiento empresarial; en segundo lugar, las formas en que el Estado puede apoyar a las empresas a implementar y desarrollar su responsabilidad de respeto a los derechos humanos; en tercer lugar, la importancia de que el Estado ofrezca incentivos a las empresas para que respeten los derechos humanos; y finalmente, sobre la importancia de la adaptación o desarrollo de normas jurídicas internas, particularmente siguiendo una “combinación inteligente” que permita que las empresas puedan ser reguladas de forma efectiva por los Estados.

---

<sup>405</sup> *Ibid.*, §§37-39.

<sup>406</sup> *Ibid.*, §44.

En cuanto a esta última cuestión, destacan las leyes y normatividad en materia laboral, así como medidas normativas que faciliten tanto la presentación de informes como la gestión en materia de derechos humanos —a través de la debida diligencia— por las empresas, incluyendo respecto a la potencial extensión o alcance extraterritorial de dichas medidas. Por último, el análisis del Grupo de Trabajo señala la importancia de incluir cláusulas de protección a los derechos humanos en los acuerdos económicos (en materia de comercio o inversión extranjera) que se concluyan con otros Estados o con empresas, a fin de asegurarse que se mantenga un margen de regulación apropiado para que se pueda cumplir simultáneamente con las obligaciones de derechos humanos y comerciales o en materia de inversión.<sup>407</sup>

Por otra parte, en cuanto al Pilar III, el informe del Grupo de Trabajo señala que el Estado debe abordar todos los mecanismos que puedan proveer reparación a las víctimas, tanto judiciales como extrajudiciales o no estatales. En cuanto a los primeros, se identifica la necesidad de reducir los obstáculos (jurídicos o prácticos) para acceder a la reparación por parte de las potenciales víctimas, así como aclarar y analizar la aplicación de la jurisdicción extraterritorial ante una posible denegación de justicia, en especial en el *loci delictii*, es decir, en el lugar donde se cometió el daño; finalmente, se propone analizar la responsabilidad de las empresas matrices por los actos de sus filiales, situación conocida como “levantamiento del velo corporativo”.<sup>408</sup> En cuanto a los mecanismos extrajudiciales, el informe señala la trascendencia de que instancias como los Puntos de Contacto Nacional de la OCDE o las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos puedan superar los obstáculos jurídicos, técnicos, financieros o de otro tipo para, en el ámbito de sus respectivas competen-

---

<sup>407</sup> *Ibid.*, §§44-62.

<sup>408</sup> *Ibid.*, §§68-70.

cias, garantizar otra medida de acceso a la reparación para las víctimas. Por último, se hace mención de la importancia de que las empresas cuenten con mecanismos internos, o bien que participen en mecanismos externos, para facilitar una identificación temprana de potenciales riesgos, a fin de prevenir su desarrollo.<sup>409</sup>

Respecto a los retos, el informe del Grupo de Trabajo señala que los países del Sur Global necesitan adaptar los Planes de Acción Nacional a sus necesidades, al no enfrentar las mismas problemáticas que los países desarrollados en cuanto al control e impacto de las empresas. En sí, se reconoce igualmente que las deliberaciones que tengan lugar en el marco del proyecto de tratado sobre responsabilidad empresarial resaltarán la importancia que tienen dichos programas de política pública, así como su posible efectividad para tratar los distintos aspectos que caen dentro de la responsabilidad del Estado de proteger los derechos humanos.<sup>410</sup>

De forma general, se puede subrayar la atención que este enfoque en las políticas públicas ha atraído en la comunidad internacional de Estados, en las empresas y en numerosos otros actores, al ser una herramienta práctica para que los Estados, de forma colaborativa con otras partes interesadas, identifiquen posibles riesgos y/o lagunas en el marco de la responsabilidad empresarial y tomen medidas para colmarlas. Sin embargo, al ser un tipo de instrumento que no necesariamente se ha vinculado de forma tradicional con el derecho internacional y su aplicación,<sup>411</sup> aparecen algunos desafíos que pueden

---

<sup>409</sup> *Ibid.*, §§71-72.

<sup>410</sup> *Ibid.*, §§81-87.

<sup>411</sup> Por lo menos en el campo de los derechos humanos, la visibilidad de las políticas públicas como instrumentos para la implementación del derecho internacional en el ámbito interno ha sido limitada; la mayoría de la literatura del derecho internacional (incluyendo de derechos humanos) aborda únicamente la función judicial y la transposición de las normas internacionales en la legislación. Sin embargo, algunos ejemplos recientes denotan un posible interés por esta aproximación: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, Resolutivo 14. Por otra parte, el derecho ambiental in-

generar interrogantes sobre la verdadera necesidad de contar con estos Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos, particularmente frente a otras formas de acción del Estado mediante las que desdobra sus obligaciones internacionales en el plano interno.

#### IV. OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS PARA LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES A TRAVÉS DE LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONAL

La sección anterior, dedicada especialmente a describir el desarrollo de los Planes de Acción Nacional desde la perspectiva de la práctica de diversas organizaciones internacionales y regionales, identificó algunos de los aspectos que en particular el Grupo de Trabajo de la ONU sobre los derechos humanos y las empresas ha señalado como relevantes para los Estados en el diseño y desarrollo de dichas políticas públicas. Esta sección, por el contrario, buscará presentar de forma concisa algunas reflexiones sobre las oportunidades y desafíos a los que se enfrentan los planes de acción, al tratar de implementar las correspondientes responsabilidades tanto de Estados como de empresas a través de las políticas públicas.

Una de las grandes promesas de esta iniciativa es que el desarrollo y la adopción de Planes de Acción Nacional por los Estados representa una excelente oportunidad para generar coherencia y sinergia horizontal entre los distintos órganos gubernamentales a cargo de la regulación empresarial, facilitando el involucramiento de las distintas instancias públicas y, por consecuencia, mayor conocimiento y convencimiento sobre la necesidad de regular de forma coordinada y apropiada la actividad empresarial, en vista de prevenir impactos negativos

---

ternacional podría ser una interesante excepción, donde en ocasiones se define la utilización de cierto tipo de instrumentos para la implementación de las obligaciones internacionales del Estado en su ámbito interno. Para un análisis sobre lo anterior, véase Stewart, R.B., "Instrument Choice" en Bodansky, D., Brunnée, J. y Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 168-172.

en los derechos humanos. Algunos insisten incluso que este ejercicio permite también un alineamiento vertical de la legislación, regulación y políticas estatales con los Principios Rectores,<sup>412</sup> aunque a la fecha los ejemplos existentes no han abordado o tenido éxito en este aspecto.

Sin embargo, como lo reconocen implícitamente De Felice y Graf,<sup>413</sup> esta afirmación puede resultar engañosa o por lo menos excesivamente esperanzadora, ya que cada Estado sigue diferentes formas y procedimientos, y su estructura no necesariamente permitirá la existencia de condiciones para generar esa coherencia o unidad horizontal. Tal es el caso de los Estados federales, en donde la fragmentación de las facultades, atribuciones, competencias y jurisdicciones representa un reto singular debido a la compleja distribución administrativa, sin mencionar las distintas esferas político-económicas que pueden estar a favor o en contra de alguna política determinada en los diferentes niveles de gobierno, e influir en su desarrollo hacia un sentido determinado. Sin embargo, se puede señalar también que por lo menos el desarrollo de estos procesos puede alertar a las diferentes unidades de la administración pública sobre la existencia de los Principios Rectores, lo cual indudablemente es un primer paso requerido para generar el ambiente político-administrativo necesario para desarrollar este tipo de proyectos.

Un segundo aspecto que resalta en esta temática es la cuestión de los efectos, notablemente en el ámbito jurídico interno, que la adop-

---

<sup>412</sup> O'Brien, C. M. *et al.*, "National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool", *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, p. 117.

<sup>413</sup> De Felice, D. y Graf, A., "The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 7(1), 2015, p. 47: "Coordination among different government actors is one of the most daunting challenges in the implementation of human rights, be it at the state level in federal countries... or with respect to specific bureaucratic units... The consequence is that compliance with human rights norms is favoured by a certain degree of centralization of decision making and implementation..."

ción de un Plan de Acción Nacional puede generar. O'Brien y otros autores señalan, por ejemplo, que las políticas públicas sobre derechos humanos y empresas desarrolladas por los distintos Estados han tenido un carácter particularmente declarativo<sup>414</sup> a la fecha, constataando el *status quo* imperante en cada país respecto a las diferentes cuestiones que pueden ser relevantes por el impacto potencial de las empresas, y sin proponer las medidas necesarias para garantizar que el marco jurídico y político sea apropiado para facilitar una regulación efectiva de la conducta empresarial.<sup>415</sup> Sin embargo, es notable la ausencia generalizada de indicadores, tanto de cumplimiento como temporales, para medir la efectiva implementación de las distintas líneas de trabajo proyectadas por los órganos encargados de su desarrollo.

Esto deja entrever dos situaciones: en primer lugar, la posible creación de estas políticas públicas con el mero objetivo de unirse a una tendencia global que se ha caracterizado por su relativa estridencia, mas no así por su implementación práctica; y en segundo lugar, que debido a su carácter de política pública, destinada a coordinar la acción de la administración pública hacia un fin determinado, permite a los Estados escapar de la coerción que podrían implicar otras medidas de derecho interno o internacional.<sup>416</sup> En realidad, los Planes de

---

<sup>414</sup> O'Brien, C.M. *et al.*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>415</sup> Es sorprendente que no se discutan con mayor regularidad las dificultades inherentes que la separación de poderes implicarían para esta cuestión. La adopción de políticas públicas y de legislación son funciones completamente independientes en los Estados, y en muchas ocasiones rodeadas de antagonismo entre los diferentes actores que participan en cada una de las ramas. Por ello, la adopción de un Plan Nacional de Acción, o incluso la previsión de la necesidad de reformas legales para cubrir las lagunas jurídicas que se detecten como resultado del diagnóstico de línea base, no implican que una reforma legislativa pueda (o vaya) a suceder.

<sup>416</sup> Desde luego, no escapa a nuestra atención el hecho de que aún los instrumentos convencionales de derechos humanos (así como la legislación y regulación nacional) pueden ser herramientas insuficientes ante la falta de voluntad política para implementarlos en el ámbito interno, que es un mal desafortunadamente presente en una gran mayoría de Estados. Sin embargo, la relativa especificidad del contenido de los instrumentos internacionales, aparejado con la obligatoriedad de adoptar medidas de derecho interno para hacerlo efectivo, son

Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos se han convertido en un instrumento de *soft power* (o incluso de *smart power*),<sup>417</sup> más adecuado y relacionado con las relaciones internacionales que con el derecho internacional, que permite sin duda generar vínculos y acciones coordinadas bajo una lógica voluntaria, pero que no constriñe al Estado a una actuación particular.<sup>418</sup> Por ello, de cierta manera los PAN se convierten en instrumentos de coordinación intragubernamental que buscan alcanzar un objetivo político o administrativo, sin generar necesariamente obligaciones jurídicas para terceros (en este caso, las empresas), lo cual, desde luego, limita su funcionamiento, al convertirse en directivas de conducta u orientación de la administración pública.<sup>419</sup>

Otro importante aspecto relacionado a la elaboración de las políticas públicas es justamente su vinculación a ciclos políticos, lo cual

---

ingredientes que a nuestro juicio podrían generar obligaciones y responsabilidades claras, y eventualmente servir de apoyo para las víctimas en procedimientos judiciales que se inicien en la búsqueda de reparación.

<sup>417</sup> Nye, J.S., “Hard, Soft, and Smart Power” en Cooper, A.F., Heine, J. y Thakur, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 563-565, donde el autor define al *soft power* como un método que combina la atracción y la persuasión en la consecución de objetivos, y cuya estrategia debe estar basado en componentes de información y comunicación. Por el contrario, el *smart power* se define como estrategias que combinan de forma exitosa los recursos de *hard* y *soft power* en contextos diferentes. Véase también Changhe, S., “Soft Power” en Cooper, A.F., Heine, J. y Thakur, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

<sup>418</sup> O’Brien, C.M. *et al.*, *op. cit.*, p. 118; De Felice, D. y Graf, A., *op. cit.*, p. 44: “The production of a government strategy does not coerce governments to take action, nor does it create transnational links between domestic and international actors.”

<sup>419</sup> Ciertamente, esta cuestión depende del sistema político, constitucional y administrativo de cada Estado, que podría establecer obligaciones para terceros en el marco de una política pública. Cf. Chuayffet Chemor, E., *Derecho administrativo*, México, UNAM, 1981, p. 58: “Todos los planes [de desarrollo] expedidos hasta ahora, insisten en su carácter obligatorio para la administración pública y meramente “indicativo” para los particulares. Sin embargo, cabe imaginar que una gestión administrativa más decidida y enérgica, obligaría al sector privado a través de los planes, y no buscaría simplemente su “acción concertada.” La necesidad de que se desprenda reglamentación o actos administrativos de la política pública sería una señal de que, como tal, ella no podría generar efectos jurídicos directos, necesitando de otros instrumentos para dicho fin.

puede implicar que en una transición gubernamental, las prioridades de la agenda pública cambien, y por tanto se pierdan los avances logrados a través de la elaboración de los planes de acción. Ante dicha situación, se convierte en una necesidad la inclusión de las disposiciones esenciales que dan forma y fondo a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en la legislación y reglamentación nacional de los países, lo cual desde luego podría ocurrir dentro del marco del desarrollo de un Plan de Acción Nacional, si adoptando una postura amplia se facilita la participación de los tres poderes del Estado, incluyendo a la legislatura,<sup>420</sup> a fin de que ello genere la inercia necesaria para proponer reformas o adiciones legislativas que permitan colmar las lagunas jurídicas que eximen a las empresas de su responsabilidad en materia de derechos humanos. La sobrevaloración de los potenciales efectos e impactos que una política pública puede generar desafortunadamente puede llevar a espejismos que inhiban la verdadera efectividad de la iniciativa política,<sup>421</sup> por tanto, será sumamente importante que los Estados no se concentren exclusivamente en el desarrollo de planes de acción, sino en un enfoque integral<sup>422</sup> que permita la adaptación del marco normativo y político a nivel doméstico para que, como señala Surya Deva, se utilice plenamente una regulación integral de las empresas en el ámbito de los derechos humanos.<sup>423</sup>

<sup>420</sup> O'Brien, C.M. *et al.*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>421</sup> En efecto, el Grupo de Trabajo ha subrayado la importancia de “mejorar los marcos de políticas, legislativo y reglamentario nacionales a fin de prevenir las violaciones de los derechos humanos y proteger contra ellas.” Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/69/263 (5 de agosto de 2014), §7.e).

<sup>422</sup> Es decir, de políticas públicas, legislación, regulación y mecanismos voluntarios (como códigos de conducta o instrumentos definidos a nivel industria) para que tanto Estados como empresas cumplan con sus respectivas responsabilidades.

<sup>423</sup> Deva, S., *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012, pp. 176-200; O'Brien, C.M. *et al.*, *op. cit.*, p. 122: “...if NAPs commit only

Es pertinente también señalar algunos aspectos trascendentales para la efectividad de las iniciativas políticas en materia de derechos humanos y empresas, sobre todo en relación al tercer pilar de los Principios Rectores, orientado a la cuestión de la remediación o reparación de los impactos negativos, que desafortunadamente no ha sido atendido de forma apropiada en los Planes de Acción Nacional adoptados hasta la fecha. Las judicaturas juegan un papel sumamente relevante para la determinación de los derechos y obligaciones que en los casos concretos tienen tanto las alegadas víctimas como las empresas.<sup>424</sup> De la misma forma que en el ámbito legislativo, la participación de representantes del ámbito judicial en la planeación, desarrollo e implementación de los planes de acción es necesaria, a fin de generar consciencia sobre la existencia y relevancia de los Principios Rectores como elementos de orientación para la determinación de las obligaciones y responsabilidades de las partes en un conflicto judicial.

Desde luego, la utilización de los Principios Rectores no necesariamente implicará que las empresas sean sancionadas en todos los casos en que las víctimas de abusos de derechos humanos aleguen la responsabilidad de aquéllas;<sup>425</sup> sin embargo, sí permitirá a las distintas instituciones identificar lagunas o áreas de oportunidad en las que se pueda trabajar para lograr un acceso a la justicia más eficaz y, sobre

---

to 'voluntary' approaches, and not 'hard law' or 'regulatory' ones, it is unlikely they will achieve the regulatory 'smart mix' needed to deliver change on the ground."

<sup>424</sup> Incluso podrían tener un rol importante en la construcción del régimen de obligaciones empresariales en materia de derechos humanos a nivel doméstico —y eventualmente a nivel internacional—, particularmente en aquellos países de derecho común que utilizan el sistema de precedentes, al poder crear "normas" a través de la interpretación judicial (*judicial law-making function*). Sin embargo, en los sistemas de tradición civilista la interpretación genera principalmente efectos *inter partes*, y no necesariamente hacia terceros de forma directa, aunque desde luego eso está sujeto a cada sistema jurídico y a la posibilidad de que la sentencia se convierta en una fuente de derecho que genere efectos jurídicos generales.

<sup>425</sup> Decaux, E., "Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales" en Daugareilh, I. (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruselas, Bruylant, 2010, p. 473.

todo, equitativo.<sup>426</sup> En este aspecto, los Planes de Acción Nacional pueden ser instrumentos idóneos para fortalecer la capacidad de las defensorías públicas, particularmente en atención al desequilibrio que usualmente existe entre las partes y sus representantes legales, en particular en materia económica; así, el acceso a una representación legal gratuita y de calidad puede convertirse en uno de los objetivos específicos de las políticas públicas en la materia, que se logrará por medio de capacitación específica en materia de derechos humanos (y empresas) a los defensores públicos, redirección de recursos financieros para fortalecer la capacidad institucional, y programas de difusión sobre la temática en el ámbito judicial o de procuración de justicia.

Los mismos objetivos deben perseguirse en relación a otras instancias no judiciales, como los Puntos de Contacto Nacional de la OCDE, que en varios países cuentan con recursos y personal inapropiados o insuficientes para verdaderamente desempeñar su papel como mecanismo extrajudicial de solución de controversias. Este punto es especialmente trascendente, ya que en los países no occidentales que cuentan con Puntos de Contacto Nacional, su visibilidad y función institucional es sumamente reducida o incluso inoperante, lo cual desde luego limita la posibilidad para las víctimas de buscar un acercamiento a través de esta instancia de mediación con las empresas responsables. Por tanto, los Planes de Acción Nacional deben asegurarse que el papel y funcionamiento de estas instancias sea revisado, a fin de fortalecerlas y convertirlas en instancias efectivas de solución alternativa de controversias. Una solución adecuada es convertirlos en mecanismos tripartitos, con representantes de las víctimas, del gobierno y de las empresas, a fin de que los intereses de todas las partes estén debidamente representados; o bien, reforzarlos con la participación de expertos independientes externos, que puedan con-

---

<sup>426</sup> De Felice, D. y Graf, A., *op. cit.*, p. 46.

tribuir directamente en el proceso de mediación y buenos oficios desde una perspectiva imparcial y objetiva.

Por otra parte, el desarrollo y adopción de Planes de Acción Nacional debería tomar en consideración el papel que las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos pueden y deben desempeñar en este ámbito: lo cierto es que las violaciones a derechos humanos —como ya se ha reconocido en distintas instancias— pueden ser cometidas por actores no estatales, lo cual puede implicar la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional, a pesar de que la obligación primaria haya sido infringida por un tercero, como las empresas.<sup>427</sup> Ante esta realidad, el papel de dichas instituciones debería modernizarse para poder examinar directamente la participación de las empresas en violaciones a los derechos humanos. Si bien la falta de debida diligencia del Estado para prevenir violaciones a derechos humanos le generará responsabilidad internacional, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos continúa existiendo a pesar de que la atribución de responsabilidad pueda no hacerse de forma directa desde el derecho internacional. Este argumento por sí solo debería ser suficiente para que las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos desarrollen programas y proyectos específicos en la materia;<sup>428</sup> por otra parte, su participación en el desarrollo e implementación de los Planes de Acción Nacional es igualmente necesaria, ya que pueden contribuir su experiencia y conocimiento para identificar potenciales áreas de riesgo frente a la actividad de las empresas.

---

<sup>427</sup> Sobre esta cuestión, véase Chetail, V., “The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward” en Alland, D. *et al.* (eds.), *Unité et diversité du droit international: Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy/ Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 105-130.

<sup>428</sup> Sobre este punto, véase Rivadeneira Silva, R., “La experiencia y retos para las INDH latinoamericanas en torno a la protección de los derechos humanos frente a actividades empresariales” en Cantú Rivera, H. (ed.), *Los derechos humanos y las empresas: reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2016.

Por último, los Planes de Acción Nacional resultan espacios apropiados para identificar y definir la posición y orientación de los Estados en relación al proyecto de tratado que actualmente se persigue en el seno del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta de la ONU. Al conocer los Estados sus fortalezas y debilidades en este ámbito, en particular desde un enfoque comparado, podrían aportar insumos importantes para su análisis y discusión en las sesiones del Grupo de Trabajo, contruidos a partir de sus experiencias nacionales y/o regionales en el tema, lo cual podría permitir una más fácil identificación de los puntos de consenso y de disenso entre los distintos participantes. Así, el proyecto de tratado podría verse reforzado con información y materiales empíricos, para favorecer una discusión amplia y objetiva sobre las necesidades y posibles alcances de su contenido, así como para fijar los elementos mínimos que deban ser incluidos y que se hayan identificado a través de las experiencias en el desarrollo de los Planes de Acción Nacional.<sup>429</sup>

Como se puede observar, el desarrollo de Planes de Acción Nacional implica tanto oportunidades como retos para los Estados. La identificación de dichas oportunidades y retos, y sobre todo su tratamiento, será fundamental para determinar si en efecto dichas políticas públicas son herramientas útiles para generar desarrollos positivos para Estados, empresas y víctimas, o bien, si en realidad son placebos que desafortunadamente inhibirán una acción concreta y efectiva del Estado en su misión de regulación empresarial. A este punto nos referiremos en la sección siguiente.

## V. ¿INSTRUMENTOS EFECTIVOS O ESPEJISMOS COLABORATIVOS?

Como ya hemos mencionado, los Planes de Acción Nacional pueden presentar numerosas opciones y oportunidades para desarrollar la

---

<sup>429</sup> O'Brien, C.M. *et al.*, *op. cit.*, p. 126.

temática de las empresas y los derechos humanos a nivel interno, así como para identificar áreas de acción que los Estados pueden atender para mejorar el nivel de protección de los derechos humanos frente a las actividades de las empresas.<sup>430</sup> Sin embargo, también pueden constituir una desviación sobre lo que en realidad deben hacer tanto Estados como empresas para identificar, prevenir y/o mitigar impactos negativos en los derechos de las personas y colectividades. Esta sección avanza, de manera breve, algunas consideraciones sobre estos aspectos, en un intento por dilucidar la verdadera efectividad de las políticas públicas en su función como herramientas complementarias de la acción del Estado para implementar sus obligaciones convencionales en el ámbito de los derechos humanos.

Uno de los principales aspectos que podrían indicar que los Planes de Acción Nacional pueden ser herramientas efectivas para la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial es justamente su naturaleza multipartita, ya que en un tema tan complejo como éste, en el que los grados de responsabilidades y deberes de los distintos actores aún no son muy claros en el ámbito internacional y nacional, tal enfoque permite una colaboración activa entre las diferentes partes interesadas. En casos tradicionales de violaciones a los derechos humanos, en donde el actor principal es el Estado a través de acciones u omisiones en la protección de los derechos, el enfoque es generalmente de confrontación; por el contrario, en este tipo de casos, donde las empresas tienen una responsabilidad específica y con alcances particulares según su actividad, influencia y eslabones productivos, un enfoque de colaboración para desarrollar

---

<sup>430</sup> Backer, L.C., “Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law That Might Bind Them All”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 38, 2015, p. 469: “...NAPs are understood to offer a tool for governments to articulate priorities and coordinate the implementation of the GPs, to effectively conduct a due diligence exercise in the furtherance of their duty to protect human rights...”

buenas prácticas y métodos para la identificación y prevención de impactos negativos puede resultar ampliamente productiva, sobre todo en la construcción de acuerdos y programas interinstitucionales. Desde luego, lo más importante será que haya una participación activa de buena fe, a fin de asegurar procesos con objetivos legítimos y en concordancia con la situación socioeconómica de los países.

Un segundo aspecto que podría apuntar hacia la efectividad de los planes de acción como herramientas eficientes es justamente la toma de conciencia y la difusión del conocimiento sobre este tema. Desde luego, el hecho de que participen la sociedad civil, las empresas, el Estado y las víctimas, además de otros actores no gubernamentales, podría generar una estandarización en cuanto al nivel mínimo de conocimiento; sin embargo, un riesgo importante es que ese conocimiento se concentre sólo en algunas personas o departamentos que participen en la construcción del programa, lo cual indudablemente podría llevar a una limitación y a una ineficacia del proyecto público. Como señala Backer, el objetivo esencial de los PAN debe ser que el Estado cumpla con su propia debida diligencia, a través de la difusión del conocimiento de las obligaciones internacionales en la materia entre los diferentes niveles, departamentos, agencias y ministerios gubernamentales, para tener una coordinación y coherencia administrativa respecto al respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos.<sup>431</sup> Como resultado de este alineamiento de la función pública, los Estados tendrán una mayor y mejor capacidad para prevenir violaciones a los derechos humanos de las personas en su jurisdicción, incluyendo de aquellas que ocurran como resultado de la actividad de las empresas.

---

<sup>431</sup> *Ibid.*, pp. 473-474, 476: “The First Pillar instructs States that they must, as an initial matter, deal with the structures and substance of their own duty to protect human rights before they turn that aggregation of duty (expressed in law and policy) outward to regulatory objects. Thus every NAP ought to require States to look to themselves first.”

Una de las ventajas de que se busque la implementación del derecho internacional (sea este de naturaleza vinculante o en forma de *soft law*) a través de instrumentos de política pública es la posibilidad de que se logren cambios o efectos reales en el funcionamiento de la administración del Estado<sup>432</sup> (y en paralelo respecto a la actividad de las empresas), aunque estos no necesariamente sean de naturaleza jurídica. Indudablemente, esa es una de las propuestas de los Principios Rectores: la combinación de instrumentos de distinta naturaleza que permitan lograr el objetivo último, es decir, una regulación y gestión económica que respete los principios y compromisos convencionales en materia de derechos humanos. Es un enfoque novedoso, que podrá ofrecer resultados concretos según el grado de compromiso y seriedad con que cada Estado lo persiga.

Desde luego, los PAN no resolverán los problemas del Estado en su regulación de la actividad empresarial; por el contrario, su efecto se limita en gran medida a la identificación de huecos de gobernanza, y a proponer acciones que desde la administración pública se puedan perseguir para reducir o eliminar dichos huecos. Es, en cierta forma, el primer paso en un proyecto a gran escala y de continua actualización. A pesar de la relativa estridencia que ya hemos señalado que generó el inicio (y conclusión) de estos proyectos en distintos países, deben tomarse precauciones para garantizar que el desarrollo de los Planes de Acción Nacional no se convierta en un sustituto de la regulación y legislación que los Estados deben desarrollar para darle mayor solidez a su arquitectura jurídica y de política pública, sino más bien en un complemento permanente<sup>433</sup> que guíe la activi-

---

<sup>432</sup> En ese sentido, una adecuada implementación de las políticas públicas por los gobiernos teóricamente haría innecesaria la adopción de instrumentos vinculantes de origen interno e internacional.

<sup>433</sup> Un importante ejemplo de la posible complementariedad entre legislación y políticas públicas existe en los Estados Unidos de América, donde se adoptó la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, que incluye en la sección 1502 una disposición que

dad de los Estados en la materia, como ha sido señalado en diversas ocasiones por distintos órganos de tratado en materia de derechos humanos.<sup>434</sup> Ciertamente, el heterogéneo nivel de desarrollo social, económico y jurídico de los distintos países lleva a subrayar la importancia de procesos “a la medida”, que hagan énfasis en las necesidades y prioridades de cada Estado para la protección de los derechos humanos, y que no busquen reproducir necesariamente las experiencias de otros Estados con un distinto nivel de desarrollo.<sup>435</sup>

Para resumir, es de suma importancia que los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos no se conviertan en espejismos que parezcan indicar que los Estados han hecho su tarea en la materia; sólo a través de una combinación inteligente de medidas, que incluya enfoques voluntarios y obligatorios, incentivos y

---

obliga a las empresas a establecer mecanismos de debida diligencia en sus cadenas de suministro y a presentar informes a la *Securities and Exchange Commission* en relación a minerales de conflicto que se hayan obtenido en la República Democrática del Congo y que sean utilizados en sus productos. De forma adicional a esta normatividad, el gobierno estadounidense se encuentra en las fases finales de elaboración de su Plan de Acción Nacional sobre conducta empresarial responsable, que tendrá un enfoque más amplio que el de derechos humanos y empresas, aunque desde luego incluyéndolo como aspecto esencial.

<sup>434</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Concluding observations on the sixth periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, E/C.12/GBR/CO/6 (24 de junio de 2016), §§11-13; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Concluding observations on the sixth periodic report of Sweden*, E/C.12/SWE/CO/6 (24 de junio de 2016), §§11-12; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la France*, E/C.12/FRA/CO/4 (24 de junio de 2016), §§12-13; Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de Irlanda*, CRC/C/IRL/CO/3-4 (1 de marzo de 2016), §§23-24. Cabe resaltar que los órganos de tratado han considerado el enfoque en el desarrollo de Planes de Acción Nacional como insuficiente para controlar y regular efectivamente la actividad empresarial, por lo que se estima conveniente la adopción de un marco regulatorio vinculante en la materia a nivel interno.

<sup>435</sup> Para profundizar sobre esta cuestión, véase Rojas Buendía, M.M., “El desarrollo de los Planes de Acción Nacional sobre empresa y derechos humanos y el estado actual de los Planes de Acción sobre RSC: España y los países nórdicos”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política Pública*, N° 23, 2016, pp. 35-91, donde la autora explica algunos motivos por los que no todos los Estados pueden seguir el modelo voluntario que ha sido primordialmente impulsado por algunos países nórdicos.

sanciones, se podrá avanzar de forma integral en la formulación de proyectos estatales que ataquen las principales deficiencias de gobernanza, que coadyuvan a la existencia de zonas grises donde ocurren la mayoría de las violaciones empresariales de derechos humanos.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Este artículo ha buscado proponer un análisis sobre el papel de los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos en el entramado jurídico y político tanto internacional como nacional. Su aparición después de la adopción de los Principios Rectores llamó al desarrollo de herramientas de guía para su implementación a nivel doméstico, situación que fue respaldada por distintas organizaciones internacionales y regionales. El riesgo principal en esta cuestión ha sido la insistencia y empuje de un modelo europeo que no necesariamente es aplicable de la misma manera en todos los países, y que sorprende por una cierta ignorancia del propio enfoque universal y multicultural de los derechos humanos.<sup>436</sup> Desde luego, el enfoque en el desarrollo de políticas públicas que, en sentido estricto, sólo conllevan efectos para el funcionamiento de la administración pública, se presentó como una novedad importante en el trabajo de internalización del derecho internacional.<sup>437</sup>

---

<sup>436</sup> Backer, L.C., *op. cit.*, pp. 476-477: “Indeed, there is a strain of thought that suggests... that NAPs serve in way to provide templates from the Global North to the Global South. I can only hope that this approach might be avoided, and with it also avoiding creating NAP guidance that might be criticized as inadvertently neo-colonialist, and favoring a top down approach. Worse, if the international community uses Global North civil society as a means through which to effect this cram down, the resulting colonialism becomes a social and cultural—and polycentric—one in which the governance preferences of international civil society, global donors, and foundations, will be leveraged, and disguised as capacity building, substantially and unnecessarily narrow, the choices for Global South States in fashioning their compliance with their First Pillar duties.”

<sup>437</sup> *Ibid.*, pp. 479-480: “The danger, though, remains; as a mere policy document, prepared by or under the supervision of a single ministry, its value may lie more in the gesture itself,

Esto podría indicar una posible tendencia en el funcionamiento de la sociedad internacional, orientada hacia la reconceptualización o suavización del derecho internacional y de las relaciones internacionales, en una búsqueda de nuevas formas de cooperación y colaboración, así como de un reacomodo de los actores internacionales, a fin de incluir en el proceso de construcción de políticas y arquitecturas internacionales a diversos actores fácticos,<sup>438</sup> dentro de los que sobresalen tanto las empresas como la sociedad civil organizada, particularmente de países industrializados.

Ante ello, será importante tener cautela y prudencia sobre los enfoques que se adopten en la materia: si bien los Planes de Acción Nacional son estrategias inteligentes que buscan desarrollar dinámicas público-privadas tanto a nivel interno como regional e internacional, la única manera en que podrán lograr su objetivo final es si se insertan dentro de un marco de medidas especialmente diseñadas para atacar la fuente del problema principal, que reside en la actuación y compromiso del Estado con el respeto de los derechos humanos, el Estado de derecho y la dignidad de las personas.

---

than in any significant substantive contribution the NAP might make to the reform of the domestic legal order of the State undertaking the NAP.”

<sup>438</sup> Nye, J.S., *op. cit.*, p. 562: “The problem for all states in the 21st century is that there are more and more things outside the control of even the most powerful states, because of the diffusion of power from states to non-state actors.”

## SEMBLANZA DEL AUTOR

Humberto Cantú Rivera es Profesor titular del Departamento de Derecho de la Universidad de Monterrey. Es Doctor en Derecho por la Universidad Panthéon-Assas París II, en Francia, donde también realizó sus estudios de Maestría en derechos humanos y derecho humanitario en el Centro de Investigación en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (C.R.D.H., por sus siglas en francés), del cual es Miembro Asociado. Es Asesor Experto del Gobierno de México en cuestiones relativas a empresas y derechos humanos, tanto en la negociación de un tratado internacional sobre el tema en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, como en el desarrollo del Programa Nacional de Empresas y Derechos Humanos que lidera la Secretaría de Gobernación. Igualmente, ha asesorado a instituciones estatales, nacionales e internacionales en la materia, destacando su participación como Asesor sobre México en las dos fases del *Proyecto sobre Rendición de Cuentas y Acceso a Mecanismos de Reparación por violaciones a derechos humanos cometidas por empresas* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; como asesor del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos y de su Secretaría; y como miembro del Comité Asesor de UNICEF en su proyecto de *Estudio de Impacto sobre Derechos del Niño en la Industria Maquiladora*. Actualmente colabora como Asesor Especial sobre responsabilidad empresarial y derechos humanos con la Relatoría Especial sobre Derechos Econó-

nicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Es miembro del Grupo de Estudio sobre empresas y derechos humanos de la *International Law Association*; del Consejo Editorial de la revista *Business and Human Rights Journal*, publicada por Cambridge University Press; y del Consejo Dictaminador del Anuario Mexicano de Derecho Internacional, publicado por la UNAM. Forma parte del Consejo de la *Global Business and Human Rights Scholars Association*. Ha participado en numerosas ocasiones como expositor en conferencias internacionales en distintos países de Europa, América y Asia, y cuenta con múltiples artículos y capítulos de libros publicados en español, inglés y francés, particularmente en el tema de responsabilidad empresarial y derechos humanos. Además, ha compilado tres libros, incluyendo la obra *Derechos humanos y empresas: Reflexiones desde América Latina*, publicada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en 2017, la primera obra en español a nivel internacional sobre esta temática con una perspectiva regional.

*La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos*, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en octubre de 2018 en los talleres de CORPORATIVO PROGRÁFICO, S. A. de C. V., Calle Dos núm. 257, bodega 4, colonia Granjas San Antonio, Iztapalapa, C. P. 09070, Ciudad de México. El tiraje consta de 1,000 ejemplares.





Presidente  
Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi  
María Ampudia González  
Alberto Manuel Athié Gallo  
Michael William Chamberlin Ruiz  
Angélica Cuéllar Vázquez  
Mónica González Contró  
David Kershenobich Stalnikowitz  
Carmen Moreno Toscano  
María Olga Noriega Sáenz  
José de Jesús Orozco Henríquez

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

María Eréndira Cruzvillegas Fuentes

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Titular de la Oficina Especial para el "Caso Iguala"

José T. Larrieta Carrasco

Directora Ejecutiva del Mecanismo Nacional  
de Prevención de la Tortura

Ninfa Delia Domínguez Leal

Secretaria Ejecutiva

Consuelo Olvera Treviño

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Raymunda G. Maldonado Vera

Directora General del Centro Nacional  
de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



**CNDH**  
M É X I C O



ISBN: 978-607-729-437-5



9 786077 294375