

Derechos humanos y empresas: hacia una conducta empresarial responsable

Humberto Cantú Rivera *

RESUMEN: La temática de la responsabilidad empresarial en el ámbito de los derechos humanos se encuentra en la actualidad en su mayor apogeo: tras la adopción de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos en 2011, han surgido numerosas iniciativas y proyectos tanto en el sector privado como público, abarcando desde propuestas legislativas y reglamentarias hasta políticas públicas, estrategias empresariales o incluso proyectos liderados por instituciones nacionales de derechos humanos. Lo anterior, aunado a la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y al inicio de la discusión sobre la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas y los derechos humanos, revelan la consolidación de una expectativa sobre un estándar mínimo de conducta empresarial responsable en el ámbito de los derechos humanos a nivel internacional. Su puesta en práctica requiere tanto de la participación de los Estados como de una conducta empresarial responsable, a fin de prevenir y, en su caso, mitigar las afectaciones a los derechos humanos de potenciales víctimas de los efectos negativos de la actividad de las empresas.

ABSTRACT: *The issue of corporate responsibility in the field of human rights is currently at its highest peak: since the adoption of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in 2011, many initiatives and projects have appeared in both the private and public sectors, going from legislative or regulatory measures to public policies, business strategies or even projects led by national human rights institutions. Combined with the adoption of the Sustainable Development Goals and the start of a discussion on the development of a legally-binding international instrument on business and human rights, these developments reveal the crystallization of a global expectation on a minimum standard of responsible business conduct with regard to human rights. Its practical application requires the participation of both States and corporations in order to prevent and eventually mitigate the negative impacts that corporate activity may have on the human rights of potential victims.*

* Investigador Asociado del Centro de Investigación sobre Derechos Humanos y Derecho Humanitario (CRDH) de la Universidad Panthéon-Assas Paris II, en Francia. Asesor Experto de la Delegación de México durante la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (julio 2015). Visitante Profesional en la Rama de Procedimientos Especiales de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ginebra, 2012), y Becario de Excelencia de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2013). Las opiniones expresadas en este artículo son a título personal y no necesariamente representan la opinión del Estado mexicano o de las demás instituciones señaladas.

SUMARIO: I. Introducción. II. La discusión sobre los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas. III. Voluntarismo contra obligaciones, o el debate sobre el proyecto de tratado. IV. La cuestión de las empresas y los derechos humanos en México. 1. La política interior y exterior de México sobre las empresas y los derechos humanos. 2. Jurisprudencia relevante sobre empresas y derechos humanos en México. 3. Siguiendo pasos en la construcción de una estrategia nacional sobre responsabilidad empresarial y derechos humanos en México. V. A manera de conclusión.

I. Introducción

La cuestión de la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos es un tema de suma relevancia en el contexto político y jurídico actual a nivel internacional. Esto se debe no sólo a la importancia y poder que han adquirido las empresas (en particular las transnacionales) con motivo de la globalización, sino también a las importantes limitaciones de los Estados para hacer frente a la estructura flexible y descentralizada de estos actores transnacionales en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos.

Las empresas son actores fundamentales para favorecer el desarrollo económico (y social) de los países. Sus actividades generan empleos e ingresos, y contribuyen directamente a la macroeconomía de los países y a la microeconomía de sus individuos. Asimismo, contribuyen de forma importante al desarrollo tecnológico, y son esenciales en la balanza de comercio exterior de los Estados, tanto en la importación como exportación de productos. En muchas ocasiones, su contribución va más allá de los aspectos económico y tecnológico, insertándose en lo que se ha conocido como su “responsabilidad social”,¹ a través de la construcción de hospitales y escuelas, y el apoyo a otras causas comunitarias, como la protección del medio ambiente o la lucha contra la discriminación.

No obstante, en algunos casos, dicha estrategia empresarial es insuficiente para hacer frente a algunos de los efectos nocivos de la globalización y de las propias actividades empresariales, particularmente en aquellos países con una débil o inexistente regulación. En diversas ocasiones, esa débil institucionalidad y capacidad del Estado, o bien su falta de interés por regular de forma efectiva el comportamiento de las empresas en su territorio, han llevado a importantes y graves violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas.² Aunado a lo anterior, existen importantes obstáculos y dificultades para responsabilizar jurídicamente a las empresas por sus impactos en los derechos humanos, derivados de la propia estructura de las empresas, de su capacidad económica de defensa, de la falta de voluntad de los Estados o de la inexistencia de marcos

¹ Sobre la responsabilidad social de las empresas, véanse Dorothy Estrada Tanck, *Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en el ámbito de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006, p. 6, describiéndola como un esfuerzo de las empresas por satisfacer las demandas sociales de equilibrio entre poder y aportaciones a la comunidad; Tobias Gössling, *Corporate Social Responsibility and Business Performance: Theories and Evidence about Organizational Responsibility*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 1, quien la describe como responsabilidad en la gestión de las organizaciones y tomar en cuenta las cuestiones sociales, ambientales y el desarrollo económico de la región y la sociedad; Jean-Pascal Gond y Jacques Igalens, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, 4a. ed., Paris, PUF, 2014.

² Emmanuel Decaux, “Présentation”, en Emmanuel Decaux (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2010, p. 14.

jurídicos apropiados a nivel interno, y en última instancia, de la inadecuada estructura y normatividad bajo el derecho internacional de los derechos humanos.

Ante dicha situación, han aparecido a nivel internacional diversas iniciativas (particularmente en la Organización de las Naciones Unidas y en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), que tienen por objetivo fomentar una “conducta empresarial responsable” que busque prevenir (y en su caso mitigar) los impactos de la actividad empresarial en los derechos humanos. Dicha conducta empresarial responsable se basa principalmente en el respeto a los derechos humanos, aunque también toma en cuenta otros aspectos, como los derechos de los consumidores, el medio ambiente o la lucha contra la corrupción; sin embargo, su distintivo es precisamente el primero de estos elementos. En ese sentido, durante los últimos años se han desarrollado estándares internacionales coordinados en esta cuestión, buscando fomentar el desarrollo de una cultura empresarial de derechos humanos basada en la prevención de afectaciones a derechos de terceros, y creando a la vez un ecosistema o constelación internacional de estándares sobre las empresas y los derechos humanos. Aunado a lo anterior, esta dinámica se ha centrado en acercar a las empresas con las poblaciones que potencialmente pueden ser afectadas, con la finalidad de detectar en una etapa temprana los riesgos existentes, de forma que su prevención sea más sencilla al evitar que dichas situaciones se desarrollen. De tal manera, el objetivo es que las empresas, al colaborar de cerca con las comunidades que pueden ser afectadas por sus proyectos u otros interlocutores, puedan obtener un consentimiento que a su vez les otorgue una “licencia social” para operar.³

A pesar de los desarrollos jurisprudenciales y normativos sobre esta cuestión, la relativamente débil aplicación y utilización de dichos estándares han llevado a los principales actores en el escenario internacional, los Estados, a replantearse si una aproximación jurídicamente débil pero altamente utilizable en este tema es preferible a una regulación concreta bajo el derecho internacional. El proyecto regulatorio se ha desarrollado a lo largo de varias décadas, pero sólo recientemente ha alcanzado la aceptación necesaria para dar inicio a un proceso internacional tendiente a la codificación de estándares sobre la conducta empresarial y su impacto en los derechos humanos. Este tema, ante los retos presentados por la globalización económica y tecnológica, se constituye como uno de los principales desafíos a inicios del siglo XXI.

El presente artículo busca presentar una visión clara y panorámica de los desarrollos recientes en este ámbito. Así, en primer lugar se analiza detalladamente la discusión existente respecto a los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas, particularmente tomando en consideración el proyecto de las Naciones Unidas entre 2005 y 2011 bajo el mando de John Ruggie. En segundo lugar, se da paso al análisis de la bifurcación que existe en la actualidad sobre el tema, respecto a los enfoques voluntario y regulatorio, y el proyecto del tratado internacional sobre empresas y derechos humanos. Finalmente, se observa el impacto de este tema en México, desde una triple perspectiva: la política interior y exterior sobre empresas y derechos humanos; los desarrollos juris-

³ Sobre este punto, véase John Morrison, *The Social License: How to Keep your Organization Legitimate*, Londres, Palgrave-Macmillan, 2014.

prudenciales que sobre este punto han existido en México; y por último, sobre los pasos a seguir para la construcción de una estrategia nacional sobre las empresas y su responsabilidad en el ámbito de los derechos humanos.

II. La discusión sobre los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas

El tema relativo a la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos se ha gestado durante varias décadas y en diferentes instancias internacionales, regionales y nacionales. Si bien el conocimiento y análisis de este desarrollo es de fundamental trascendencia para comprender de forma global el camino que ha seguido este interesante proceso, por razones de espacio deberemos concentrarnos en los últimos desarrollos, mismos que han tenido lugar durante los últimos diez años.⁴

En el 2005, el Secretario General de la ONU decidió nombrar a un Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (en adelante “Representante Especial sobre empresas y derechos humanos” o “Representante Especial”), para identificar y aclarar las responsabilidades de las empresas en relación a los derechos humanos.⁵ A través de una filosofía de pragmatismo basado en principios,⁶ John Ruggie trabajó en la identificación de las principales prácticas y desafíos que existían en los casos en que las empresas habían generado impactos negativos en los derechos humanos.

Así, durante su primer año completo de trabajo como Representante Especial, presentó diversos informes que constituirían la base fundamental de sus propuestas al final de su mandato. En febrero de 2007 presentó seis informes al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relativos a la identificación de estándares internacionales de responsabilidad y rendición de cuentas empresarial,⁷ al cúmulo de comentarios de los diversos Órganos de Tratado relativos a la regulación y adjudicación del Estado respecto a la actividad de las empresas,⁸ a su responsabilidad conforme al derecho internacional y a la regulación extraterrito-

⁴ Para mayor abundamiento en español sobre el desarrollo de este proceso desde la década de 1970 hasta 2005, véanse Humberto Fernando Cantú Rivera, “Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del status quo?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 316-322; Dorothy Estrada Tanck, *Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en el ámbito de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006; y José David Enríquez Rosas, *Derecho Internacional Económico: Instituciones y Críticas Contemporáneas*, México, Porrúa, 2006, pp. 122-125. Véase también Nicola Jägers, *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, Antwerp, Intersentia, 2002.

⁵ Comisión de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, E/CN.4/RES/2005/69 (abril 20 de 2005).

⁶ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Informe provisional*, E/CN.4/2006/97 (22 de febrero de 2006), §§ 70-81.

⁷ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Las empresas y los derechos humanos: catálogo de las normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas*, A/HRC/4/35 (19 de febrero de 2007).

⁸ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Responsabilidades de los Estados en materia de regulación y arbitraje de las actividades empresariales con arreglo a los tratados básicos de derechos*

rial por parte de los Estados,⁹ y a la práctica de las empresas para prevenir violaciones o impactos en los derechos humanos de terceros, a través de políticas y prácticas gerenciales,¹⁰ su reconocimiento de las prerrogativas humanas¹¹ y la utilización de evaluaciones de impacto en derechos humanos.¹²

La acumulación de estos conocimientos y constataciones le permitieron al Representante Especial presentar al Consejo de Derechos Humanos el Marco Proteger, Respetar y Remediar¹³ en 2008, con el que proponía una aproximación tripartita a la cuestión: el deber del Estado de proteger los derechos humanos, incluso de los efectos producidos por las actividades empresariales; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y la necesidad de las víctimas de contar con recursos jurídicos y no jurídicos para remediar las violaciones de derechos humanos que hubieren sufrido como resultado de las actividades de las empresas. Como el propio Ruggie mencionaba poco después de la presentación de su marco conceptual, una de las principales dificultades yacía en la falta de un punto de convergencia a partir del cual pudiera construirse un progreso significativo.¹⁴ Su propuesta tripartita tuvo como propósito ocupar ese espacio, de forma que los Estados, empresas y sociedad civil pudieran desarrollar los estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos a partir del marco proteger, respetar y remediar.¹⁵

El Consejo de Derechos Humanos recibió con beneplácito el informe del Representante Especial, extendiendo su mandato por tres años más con el objetivo de que presentara recomendaciones para la puesta en práctica de su propuesta.¹⁶ Durante los siguientes tres años, John Ruggie emitió diversos informes adicionales sobre distintas áreas de especial relevancia para su mandato (en particular sobre el acceso a mecanismos de reclamación para las víctimas),¹⁷

humanos de las Naciones Unidas: panorama general de los comentarios de los órganos creados en virtud de tratados, A/HRC/4/35/Add.1 (13 de febrero de 2007).

⁹ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Responsabilidad empresarial con arreglo al derecho internacional y cuestiones relacionadas con la regulación extraterritorial: Resumen de los seminarios jurídicos*, A/HRC/4/35/Add.2 (15 de febrero de 2007).

¹⁰ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Políticas de derechos humanos y prácticas de gestión: resultados de las encuestas realizadas a gobiernos y a las empresas de la lista Fortune Global 500*, A/HRC/4/35/Add.3 (28 de febrero de 2007).

¹¹ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Reconocimiento de los derechos humanos por las empresas: tendencias mundiales, variaciones regionales y sectoriales*, A/HRC/4/35/Add.4 (8 de febrero de 2007).

¹² Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos: Resolución de cuestiones metodológicas esenciales*, A/HRC/4/74 (5 de febrero de 2007).

¹³ 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).

¹⁴ John Gerard Ruggie, "Protect, Respect and Remedy: The UN Framework for Business & Human Rights", en Mashood A. Baderin y Manisuli Ssenyonjo (eds.), *International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond*, Surrey, Ashgate, 2010, p. 519.

¹⁵ *Ibid.*, p. 538.

¹⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/RES/8/7 (18 de junio de 2008).

¹⁷ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *State obligations to provide access to remedy*

aunque particularmente centrándose en las medidas necesarias para la efectiva implementación de su marco. En los últimos meses como Representante Especial sobre empresas y derechos humanos, Ruggie presentó al Consejo de Derechos Humanos cuatro informes adicionales, en los que analizaba diversas líneas de trabajo relacionadas al área de las empresas y los derechos humanos. Estos versaron sobre el desarrollo de principios piloto para el establecimiento de mecanismos empresariales de reparación de agravios a terceros,¹⁸ sobre derechos humanos y derecho corporativo,¹⁹ sobre principios para contratación responsable (particularmente en relación a contratos entre el Estado e inversionistas),²⁰ y finalmente, sobre la actividad de las empresas y el deber del Estado en zonas de conflicto.²¹ Dichos informes fueron importantes contribuciones para una mayor comprensión sobre las perspectivas y retos relativos a la responsabilidad de las empresas y las obligaciones del Estado en diversos contextos o áreas, que generalmente son propicias para que ocurran violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, la culminación de su mandato se centró en la presentación, en marzo de 2011, de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos.²² Los Principios Rectores retomaron la estructura de tres pilares del Marco “Proteger, Respetar y Remediar”, y divididos en 31 principios y sus respectivos comentarios, presentan recomendaciones prácticas para la implementación de las correspondientes responsabilidades de los Estados y las empresas.

De suma relevancia resultó, en particular, el segundo pilar.²³ El Representante Especial determinó que, para que las empresas estén en una posición que

for human rights abuses by third parties, including business: an overview of international and regional provisions, commentary and decisions, A/HRC/11/13/Add.1 (15 de mayo de 2009). Nótese que no existe una versión en español de este informe, por lo que se incluye el título original en inglés.

¹⁸ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Principios experimentales para la creación de mecanismos efectivos de reparación de agravios destinados a las empresas y los interesados en ellas: informe sobre la experiencia adquirida*, A/HRC/17/31/Add.1 (24 de mayo de 2011).

¹⁹ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Human Rights and Corporate Law: Trends and Observations from a Cross-National Study conducted by the Special Representative*, A/HRC/17/31/Add.2 (23 de mayo de 2011). Nótese que no existe una versión en español de este informe, por lo que se incluye el título original en inglés.

²⁰ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Principles for Responsible Contracts: Integrating the management of human rights risks into State-investor contract negotiations: guidance for negotiators*, A/HRC/17/31/Add.3 (25 de mayo de 2011). Nótese que no existe una versión en español de este informe, por lo que se incluye el título original en inglés.

²¹ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Business and human rights in conflict-affected regions: challenges and options towards State responses*, A/HRC/17/32 (27 de mayo de 2011). Nótese que no existe una versión en español de este informe, por lo que se incluye el título original en inglés.

²² 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).

²³ Mucho se ha escrito sobre la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, o de sus respectivos elementos, desde la adopción de los Principios Rectores; véanse en particular Justice Nolan, “Refining the Rules of the Game: The Corporate Responsibility to Respect Human Rights”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 30(78), 2014; Mark B. Taylor, Luc Zandvliet y Mitra Forouhar, “Due Diligence for Human Rights: A Risk-Based Approach”, *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 53*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2009; Institute for Human Rights and Business, *The “State of Play” of Human Rights Due Diligence*, Londres,

les permita respetar los derechos humanos, deben llevar a cabo procesos permanentes y cíclicos para detectar, reducir o evitar generar impactos negativos en los derechos humanos. De tal forma, las empresas deben desarrollar una política empresarial de derechos humanos adoptada al más alto nivel gerencial, establecer procesos de debida diligencia en derechos humanos para detectar las principales áreas de riesgo en las operaciones de la empresa, realizar evaluaciones de impacto en derechos humanos respecto a los diferentes procesos productivos, y tener procedimientos adecuados para remediar cualquier impacto negativo que resulte de sus actividades.²⁴ El enfoque de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos se centra en que la empresa oriente su perspectiva hacia evitar que sus operaciones tengan impactos en los derechos de terceros, y que las acciones que éstas realicen demuestren de forma clara y efectiva su compromiso de no infringir en los derechos humanos.²⁵

En general, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos fueron bien recibidos tanto por la comunidad internacional de Estados como por las empresas. Incluso, el Consejo de Derechos Humanos “hizo suyos” los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos²⁶ en julio de 2011 (en una declaración que nunca antes había hecho para ningún otro mandato), y encomió el trabajo realizado por el Representante Especial en la concientización y difusión de los tres pilares del Marco “Proteger, Respetar y Remediar”. De tal manera, los Principios Rectores fueron adoptados de forma unánime por los Estados Miembros del Consejo de Derechos Humanos, consagrándose como el punto de convergencia que se necesitaba en la discusión sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. Asimismo, el Consejo determinó establecer un Grupo de Trabajo sobre derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas, que diera seguimiento a la difusión e implementación del instrumento creado por el Representante Especial.²⁷

Ese punto de convergencia, y el impacto que en general suscitó la adopción de un instrumento internacional relativo a la responsabilidad empresarial en el ámbito de los derechos humanos, se trasladó a otros organismos internacionales y regionales. Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) actualizó sus Directrices para Empresas Multinacionales, existentes desde 1976, para alinearlas a la visión de los Principios Rectores.²⁸ De

IHRB, 2011; James Harrison, “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; Olga Martín-Ortega, “Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31(4), 2013. Para una excelente crítica, cfr. Surya Deva y David Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

²⁴ 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), §§ 15-24.

²⁵ John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W. W. Norton, 2013, pp. 99-101.

²⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011), § 1.

²⁷ *Ibid.*, §6.

²⁸ Para un análisis completo y reciente de las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales y su mecanismo de implementación, los Puntos de Contacto Nacional, y en particular de su transforma-

esta forma, se añadió un capítulo sobre derechos humanos a las Directrices, y en general se adaptaron para ser enteramente compatibles con los postulados del instrumento de la ONU, incluyendo en los aspectos concernientes a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos. De la misma forma, en el plano internacional la Organización Internacional para la Normalización (ISO) emitió la ISO 26000 en 2010, relativa a la responsabilidad social, para que las empresas tengan una guía sobre los impactos que sus operaciones pueden producir en la sociedad o en el medio ambiente, y los procesos necesarios para la identificación, reducción, mitigación y remediación de riesgos. Debe decirse que este documento también se basó ampliamente en el trabajo desarrollado por John Ruggie, y a pesar de no contar con estándares certificables, ha tenido una buena recepción en la comunidad empresarial a nivel internacional.

Los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos también generaron un importante impacto a nivel regional, mismo que incluso se encuentra en fase de desarrollo e implementación.²⁹ El primer ejemplo es el de las organizaciones europeas: la Comisión Europea determinó en octubre de 2011 actualizar su marco sobre responsabilidad social empresarial a través de la Comunicación 681,³⁰ con el objetivo de alinear su política en el tema con los instrumentos de la ONU y la OCDE. Para ello, se determinó el desarrollo de acciones como la publicación de guías para pequeñas y medianas empresas y para tres sectores industriales sobre la implementación de los Principios Rectores, de un informe sobre las prioridades de la Unión Europea para el mismo fin, la expectativa de que las empresas europeas respeten los derechos humanos, así como que los Estados Miembros de la Unión Europea desarrollen planes nacionales de implementación. El Consejo de la Unión Europea, a su vez, adoptó el Marco Estratégico y Plan de Acción de la Unión Europea sobre Derechos Humanos y Democracia,³¹ con el que estableció plazos para la implementación de las acciones determinadas por la Comisión Europea.

La efectividad de las acciones de los órganos europeos y de los Estados Miembros ha sido regular, al haberse emitido las guías para pequeñas y medianas empresas y para los sectores industriales de gas y petróleo, empleo y reclutamiento, y tecnologías para la comunicación e información, pero sólo haberse adoptado a la fecha nueve planes nacionales de acción³² y no haberse publica-

ción a partir de la actualización de 2011, véase Humberto Cantú Rivera, "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.

²⁹ Para un análisis más detallado sobre el trabajo de las organizaciones europeas en el tema de la responsabilidad empresarial en el ámbito de los derechos humanos, véanse Humberto Cantú Rivera, "The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights in the European Union: From Regional Action to National Implementation", en Jena Martin y Karen E. Bravo (eds.), *The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; y para un enfoque comparativo de los desarrollos recientes en Europa y América, véase Humberto Cantú Rivera, "Regional Approaches in the Business & Human Rights Field", *L'Observateur des Nations Unies*, Vol. 35, 2013.

³⁰ Comisión Europea, *A Renewed EU Strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility*, COM (2011) 681 final (25 de octubre de 2011).

³¹ Consejo de la Unión Europea, *EU Strategic Framework on Human Rights and Democracy*, Doc. 11855/12 (25 de junio de 2012).

³² Reino Unido, Países Bajos, Italia, Dinamarca, Finlandia, Lituania, Suecia y Noruega han adoptado planes nacionales de acción, mientras que España tiene un proyecto que se encuentra pendiente de

do el informe sobre las prioridades de la UE.³³ Sin embargo, debe destacarse que de su experiencia se clarificó y adoptó a nivel internacional una conciencia sobre la necesidad de que los Estados adopten planes nacionales de acción o implementación de los Principios Rectores,³⁴ con la finalidad de que su legislación, regulación y procesos políticos y jurídicos a nivel interno contemplen la posibilidad de que las empresas pueden generar impactos negativos en los derechos humanos, y que tengan certeza sobre las responsabilidades de cada uno de los actores involucrados para remediar los agravios sufridos por las víctimas.

Por otra parte, la principal organización regional del continente americano recientemente incluyó el tema en su agenda de trabajo de forma expresa. A finales de enero de 2015, como resultado de la adopción de una resolución por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial,³⁵ se celebró una sesión especial en donde las dependencias de la organización, Estados, sociedad civil y empresas compartieron sus experiencias y buenas prácticas en el tema. Si bien a la fecha no existe una hoja de ruta clara sobre este aspecto en el marco de los órganos de la OEA, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte comienzan precisamente a incluir la discusión sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos en sus agendas respectivas.³⁶

La Comisión Interamericana, a través de la recientemente propuesta Relatoría sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla trabajar en el desarrollo y difusión de estándares sobre la actividad empresarial y los derechos humanos. Asimismo, la Corte se ha pronunciado en diversas ocasiones en cuestiones que involucran la actividad empresarial, particularmente en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas,³⁷ pero también en relación a actos de seguridad pública en la que presuntamente participaron empresas privadas,³⁸

aprobación por el Consejo de Ministros; información disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx> (visitado el 21 de febrero de 2016).

³³ A pesar de que la última actualización fue durante el mes de marzo de 2014, la tabla de implementación de la Comunicación 681 de la Comisión Europea muestra que su cumplimiento ha sido medianamente eficaz; documento disponible en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/csr/documents/csr_agenda.pdf (visitado el 7 de abril de 2015).

³⁴ De manera específica, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre derechos humanos y empresas transnacionales presentó un informe a la Asamblea General sobre la importancia del desarrollo y adopción de planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos. 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); véase igualmente Michael K. Addo, "The Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 14(1), 2014, p. 141; Damiano de Felice y Andreas Graf, "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.

³⁵ Asamblea General, *Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial*, AG/RES. 2840 (XLIV-O-14) (4 de junio de 2014).

³⁶ Prueba de ello es que en el 154 Período de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tuvo lugar en marzo de 2015, hubo tres audiencias temáticas relativas al tema: *Empresas, derechos humanos y consulta previa en América; Industrias extractivas en América Latina*, y *México: Reforma energética y DESC*.

³⁷ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245; sobre este punto en particular, véase Humberto Cantú Rivera, "Extractive Industries, Indigenous Peoples' Rights, and the Need for a Cohesive Doctrine on Human Rights Due Diligence", *American University International Law Review*, 2016 (en proceso editorial).

³⁸ Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, §246.

entre otros. No obstante, sus pronunciamientos, razonamientos y sentencias se han orientado particularmente a analizar la falta de debida diligencia del Estado para asegurar que las actividades empresariales respeten los derechos humanos, más que a determinar la responsabilidad que podría recaer en los actores privados. Si bien esta situación es ineludible debido a la configuración del derecho internacional de los derechos humanos, y a la primordial responsabilidad del Estado en este ámbito bajo el derecho internacional, la Corte tiene un área de oportunidad importante frente a sí para desarrollar de forma específica lineamientos jurisprudenciales que establezcan estándares mínimos sobre los que los Estados deben trabajar en relación a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.³⁹

A pesar de la amplia adopción y apoyo que han recibido los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos tanto del sector gubernamental como empresarial, diversas críticas han señalado los defectos y aspectos no abordados por el Representante Especial. Una descripción detallada de esas limitaciones está fuera del alcance de este texto, aunque resulta pertinente hacer una breve mención de los principales aspectos que la sociedad civil y academia han identificado. En general, existen tres puntos sobre los que las críticas se acentúan: la extraterritorialidad (tanto en sus acepciones de regulación como adjudicación), la confusa terminología y base normativa utilizada por el segundo pilar de los Principios Rectores, y la falta de estándares internacionales jurídicamente vinculantes.

El primer punto, sobre la extraterritorialidad, refleja un debate sumamente complejo.⁴⁰ Esta cuestión implica *lato sensu* una situación en la que los poderes de un Estado regulan (o intentan regular) relaciones jurídicas que tienen lugar fuera de su territorio.⁴¹ En sus matices prácticos, la extraterritorialidad se desdobra *stricto sensu* en sus acepciones de regulación y de adjudicación, por la que a través de su legislación o de su actividad jurisdiccional un Estado intenta regular situaciones jurídicas que tienen lugar fuera de su territorio,⁴² pero con

³⁹ De singular relevancia es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya sido el primer tribunal regional a nivel internacional que haya hecho referencia explícita a los Principios Rectores: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos Kalifña y Lokono vs. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Series C No. 309, §§224-225; dicha situación, en particular si se reitera en futuras sentencias, puede abonar a su transición como una norma positiva (*hard law*) bajo el derecho internacional de los derechos humanos: véase Humberto Fernando Cantú Rivera, "Business & Human Rights: From a 'Responsibility to Respect' to Legal Obligations and Enforcement", en Jernej Letnar Černič y Tara Van Ho (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 310-312. Véanse también Fabián Novak, *Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas*, CJI/doc.449/14 rev.1 (24 de febrero de 2014), p. 23; Humberto Cantú Rivera, "Human Rights Due Diligence: A Developing Concept for Environmental and Human Rights Justice?", Paper prepared for the 3rd UNITAR-Yale Conference on Environmental Governance and Democracy, 5-7 September 2014.

⁴⁰ Humberto Cantú Rivera, "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. Véase igualmente Nadia Bernaz, "Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?", *Journal of Business Ethics*, Vol. 117(3), 2013.

⁴¹ Hervé Ascensio, "Extraterritoriality as an instrument", París, 2010, §2, disponible en http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDI/Contributions_en_ligne/H_ASCENSIO/Extraterritoriality_Human_Rights_and_Business_Entreprises.pdf (visitado el 7 de abril de 2015).

⁴² Surya Deva, "Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation", en Christoph Luetge (ed.), *Handbook of the Philosophical Foundation of Business Ethics*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 1078.

algunos vínculos que podrían darle jurisdicción y competencia. En principio, John Ruggie señaló que el uso de instrumentos con alcance extraterritorial por parte de los Estados para regular las actividades de las empresas de su nacionalidad fuera de su territorio no es un requerimiento estipulado por el derecho internacional de los derechos humanos, aunque tampoco se encuentra prohibido.⁴³ No obstante, una de las principales críticas se centró en el hecho de que los Principios Rectores (y su mandato en general) no apoyaron con mayor vehemencia el uso de la adjudicación extraterritorial.

Sin embargo, experiencias recientes relativas a la adjudicación extraterritorial han demostrado que más que un consenso, existe una importante polarización respecto al uso de medidas de carácter judicial con alcance universal que buscan sujetar a empresas extranjeras a la jurisdicción de un Estado particular, con el fin de reparar violaciones de derechos humanos cometidas en el extranjero. Los casos *Kiobel*⁴⁴ en los Estados Unidos de América y *Akpan*⁴⁵ en los Países Bajos han sido paradigmáticos por mostrar polos opuestos en este tema. Sin embargo, el primero de ellos limitó ampliamente cualquier posibilidad de que víctimas de violaciones a los derechos humanos cometidos por empresas puedan acudir al foro que ha sido primordialmente utilizado para este tipo de casos,⁴⁶ la justicia federal estadounidense a través del *Alien Tort Statute*.⁴⁷ A pesar de que aún existe la posibilidad de que las empresas estadounidenses puedan comparecer ante la justicia de su país por sus actividades en el extranjero,⁴⁸ diversas limitaciones procesales y probatorias, además de la reticencia de los

⁴³ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *State obligations to provide access to remedy for human rights abuses by third parties, including business: an overview of international and regional provisions, commentary and decisions*, A/HRC/11/13/Add.1 (15 de mayo de 2009), p. 3; John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W. W. Norton, 2013, p. 45. Incluso, el gobierno estadounidense utiliza la regulación extraterritorial respecto a los minerales obtenidos en la República Democrática del Congo que son utilizados por las empresas registradas ante sus bolsas de valores, independientemente de su nacionalidad. Esta regulación se encuentra incluida en la sección 1502 de la Dodd-Frank Wall Street Reform Act, a través de la cual las empresas que cotizan en las bolsas estadounidenses están obligadas a informar sobre sus procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos.

⁴⁴ *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co* 133 S Ct 1659 (2013).

⁴⁵ Sentencia, *Friday Alfred Akpan et al. v. Royal Dutch Shell PLC et al.*, Caso C/09/337050/ HA ZA 09-1580 (Corte de Distrito de La Haya, 30 de enero de 2013). Véase también N. Jägers, K. Jesse y J. Verschuuren, "The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case Against Shell", *AJIL Unbound*, 2014.

⁴⁶ Jernej Letnar Černič, "Business and Human Rights After *Kiobel*", *Slovene Journal of Human Rights*, No. 59-60, 2013, p. 3.

⁴⁷ Humberto Cantú Rivera, "The *Kiobel* Precedent and its Effects on Universal Jurisdiction and the Business & Human Rights Agenda: A Continuation to 'A Human Rights Forum in Peril'?", *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 30, 2014. Para un análisis más detallado, en particular respecto a la posición de los tribunales estadounidenses, véanse John H. Knox, "A Presumption Against Extrajurisdictionality", *American Journal of International Law*, Vol. 104, 2010; y John H. Knox, "The Unpredictable Presumption Against Extraterritoriality", *Southwestern Law Review*, Vol. 40, 2011.

⁴⁸ Sobre las posibilidades restantes respecto a la competencia y ejercicio de jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos de América en casos que involucren actividades empresariales con impactos negativos en los derechos humanos, véanse Paul Hoffman, "The Implications of *Kiobel* for Corporate Accountability Litigation under the Alien Tort Statute", en Lara Blecher, Nancy K. Stafford y Gretchen C. Bellamy (eds.), *Corporate Responsibility for Human Rights Impacts: New Expectations and Paradigms*, Chicago, ABA Publishing, 2014; Christopher Whytock, Donald E. Childress III y Michael D. Ramsey, "After *Kiobel*-International Human Rights Litigation in State Courts and Under State Law", *UC Irvine Law Review*, Vol. 3(1), 2013.

jueces de convertirse en una jurisdicción universal, parecen inclinar la balanza hacia un enfoque primordialmente regulatorio, desde luego menos controversial. Otros países han tenido acercamientos cautelosos al tema,⁴⁹ aunque en general la falta de lineamientos internacionales al respecto hacen suponer que el uso de adjudicación extraterritorial continuará siendo una posibilidad delicada.⁵⁰

Una segunda crítica que se ha acentuado recientemente es la confusa terminología y base normativa utilizada por el Representante Especial sobre empresas y derechos humanos al señalar la existencia de una responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos. Ruggie ha incluso mencionado que el concepto de debida diligencia en derechos humanos fue adoptado precisamente por la familiaridad de las empresas con un marco de medición de riesgos,⁵¹ lo cual permitiría su utilización por ellas mismas, por los gobiernos y por otros actores interesados conforme a sus necesidades particulares. Dos de los principales críticos de esta posición son Surya Deva y David Bilchitz, quienes han señalado que el uso del término de “responsabilidad” en lugar de “obligación” conlleva una falsa perspectiva de que las empresas no tendrán consecuencias jurídicas por el incumplimiento de su responsabilidad de respetar los derechos humanos,⁵² y que la reducción de las obligaciones empresariales a una mera “responsabilidad de respetar” podrían afectar la realización de los derechos humanos y poner en riesgo el desarrollo de otros marcos normativos a largo plazo.⁵³

Aún más, Deva identifica dos problemas relativos a la base que subyace a la responsabilidad de las empresas: en primer lugar, menciona que al centrar esa responsabilidad en un marco de medición de riesgos o en un análisis de costo-beneficio, las empresas podrán determinar respetar los derechos humanos sólo si el no hacerlo implica un riesgo o alto costo para ellas.⁵⁴ En segundo lugar, Deva señala que al centrar la responsabilidad de las empresas en una expectativa social, la base es débil y sujeta a cambios que por lo general van más allá del marco legal.⁵⁵ Bilchitz acompaña esta posición señalando que si se consi-

⁴⁹ Sentencia, *Association France-Palestine Solidarité et al. v. Société Alstom Transport SA et al.*, Caso No. 11/05331 (Corte de Apelaciones de Versalles, 22 de marzo de 2013). Sobre este caso, véase también Anna Glazewski, “L’affaire du Tramway de Jérusalem : Voir ou regarder ? Le droit international public derrière l’œil du juge judiciaire”, *Droits fondamentaux*, 2015.

⁵⁰ Cfr. Robert McCorquodale, “Waving Not Drowning: *Kiobel* Outside the United States”, *American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013, p. 851 quien señala que el litigio en otros países continuará a pesar de *Kiobel*, aunque reconociendo los límites para que los juicios se basen en violaciones a los derechos humanos.

⁵¹ John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W. W. Norton, 2013, p. 101.

⁵² Surya Deva, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies”, *European Company Law*, Vol. 9(2), 2013, p. 103.

⁵³ David Bilchitz, “The Ruggie Framework: An Adequate Rubric for Corporate Human Rights Obligations?”, *SUR-International Journal of Human Rights*, No. 12, 2010, p. 200.

⁵⁴ Surya Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012, p. 113. Cfr. Michael K. Addo, “El mandato del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos: Ideas preliminares”, en Minerva Martínez Garza y Humberto Cantú Rivera (eds.), *El futuro es hoy: Construyendo una agenda de derechos humanos*, Monterrey, UANL/CEDH-NL, 2014, p. 82, particularmente respecto al concepto de interés empresarial.

⁵⁵ Surya Deva, “Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles”, en Surya Deva y David Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 94. En el mismo sentido se expresa McCorquodale, quien señala que la nebulosa base en la que se centra la responsabilidad de las empresas, apoyada en una “licencia social para operar”

dera que la responsabilidad empresarial es una mera expectativa y no una obligación, su conducta respecto a la realización de los derechos humanos se trasladada directamente al ámbito de la benevolencia o filantropía, en una posición particularmente cercana a la responsabilidad social empresarial.⁵⁶ Sobre este punto debemos discernir entre la teoría y la práctica, y a pesar de que centrar un marco normativo (como son los Principios Rectores) en expectativas sociales puede generar conflictos en el seno empresarial al momento de determinar sus acciones con base en el marco jurídico aplicable o en las expectativas que otros interlocutores tienen de ellas, como se mostrará en la última sección de este documento, algunos pronunciamientos judiciales se han hecho con base en la expectativa social de que las empresas respeten el marco jurídico aplicable, incluyendo las disposiciones pertinentes sobre derechos humanos.

Una tercera crítica se ha desarrollado alrededor de la falta de estándares jurídicos internacionales de naturaleza vinculante, posiblemente siendo la más comprehensiva y que refleja la verdadera naturaleza de la discusión sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. Este debate –imponer obligaciones jurídicas internacionales de naturaleza directa a las empresas– se ha desarrollado progresivamente desde la década de 1970, aunque en relación a los derechos humanos tuvo su principal auge alrededor de las *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*,⁵⁷ un proyecto de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU aprobado en el 2003. A pesar de que dicha iniciativa no prosperó⁵⁸ y en su lugar se creó el mandato del Representante Especial sobre empresas y derechos humanos,⁵⁹ la esperanza de una parte importante del sector académico⁶⁰ y de la sociedad civil⁶¹ a nivel internacional se ha depositado en la adopción de instrumentos y mecanismos internacionales que puedan obligar a las empresas a responder por sus impactos en los derechos humanos.

y en “expectativas sociales” es insatisfactoria; Robert McCorquodale, “International Human Rights Law Perspectives on the UN Framework and Guiding Principles on Business and Human Rights”, en Lara Blecher, Nancy K. Stafford y Gretchen C. Bellamy (eds.), *Corporate Responsibility for Human Rights Impacts: New Expectations and Paradigms*, Chicago, ABA Publishing, 2014, p. 67.

⁵⁶ David Bilchitz, “A Chasm between ‘Is’ and ‘Ought’? A Critique of the Normative Foundations of the SRSG’s Framework and the Guiding Principles”, en Surya Deva y David Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 120.

⁵⁷ 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).

⁵⁸ Comisión de Derechos Humanos, *Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/DEC/2004/116 (20 de abril de 2004).

⁵⁹ Comisión de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, E/CN.4/RES/2005/69 (20 de abril de 2005).

⁶⁰ Esta preocupación ha existido desde el inicio de la discusión. Véanse a manera de ejemplo, *inter alia*, Michael K. Addo (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, Boston/La Haya, Kluwer Law International, 1999; Nicola Jägers, *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, Antwerp, Intersentia, 2002; Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005; Olivier De Schutter (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006.

⁶¹ Entre muchas otras, se recomienda ampliamente consultar: FIDH, *Empresas y violaciones a los derechos humanos: Una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG*, París, 2011.

Las discusiones sobre la relevancia de contar con normas vinculantes se deben, desde luego, a diversas razones, de las que mencionamos sólo algunas: a la flexibilidad y organización de las empresas transnacionales, lo cual les permite evadir su responsabilidad en casos de violaciones graves a los derechos humanos o disminuir de forma importante los riesgos financieros a las que estarían sujetas, particularmente a través de la red de subsidiarias con la que usualmente cuentan; a la influencia y poder económico y político que tienen a nivel internacional y nacional, lo cual en ocasiones limita la posibilidad del Estado correspondiente de actuar en protección a los intereses de su población y sus derechos humanos; a la dificultad para asegurar que los sistemas judiciales nacionales puedan determinar la responsabilidad de las empresas, y en particular la ejecución de los fallos que se lleguen a emitir; y en general, al desbalance que existe entre la capacidad económica de las empresas y aquella de las posibles víctimas de violaciones de derechos humanos, lo cual usualmente deja en una situación de desventaja e indefensión a las víctimas.

El argumento básico de esta crítica se basa en la suposición de que un instrumento internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos puede ser la panacea para sujetar a tales entes privados a una regulación más efectiva y estricta que la que es posible a nivel nacional,⁶² particularmente debido a que una parte importante de los más graves casos de impunidad corporativa han tenido lugar en países en vías de desarrollo, y por tanto, con una supuesta menor influencia y capacidad para emitir decisiones apegadas a derecho y a las garantías procesales, así como para ejecutar los fallos. Ante ello, el estado actual de la discusión comienza nuevamente a bifurcarse, a pesar del amplio apoyo que han recibido los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Una nueva ola de ímpetu regulatorio con carácter internacional amenaza con romper el equilibrio consensual⁶³ alcanzado tras el mandato del Representante Especial.

III. Voluntarismo contra obligaciones, o el debate sobre el proyecto de tratado

La discusión respecto a la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos volvió a tensarse en junio de 2014, al adoptarse en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas una resolución⁶⁴ que estableció un Grupo de Trabajo intergubernamental sobre empresas y derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamen-

⁶² Cfr. John Gerard Ruggie, "Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization", en César Rodríguez Garavito (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, 2015, p. 10 (próximamente), particularmente respecto al comentario de que a pesar de las críticas recibidas, muchos países y ONGs han hecho poco para implementar y difundir los Principios Rectores a nivel interno.

⁶³ Surya Deva, "Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles", en Surya Deva y David Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 89-91.

⁶⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, AI HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014), §1.

te vinculante para regular, bajo el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Esta resolución, presentada por Sudáfrica y Ecuador, tuvo una votación dividida: 20 votos a favor, particularmente de algunos países en vías de desarrollo (incluyendo a Rusia y China); 14 votos en contra, incluyendo los de todos los países de la Unión Europea, los Estados Unidos de América y Japón; y 13 abstenciones, incluyendo la de la mayoría de los países de América Latina (con los países de mayor capacidad económica, Brasil y México, incluidos). Debe resaltarse la trascendencia y significado que esta votación tiene, ya que el hecho de que no hubiera una clara división entre países desarrollados y países en vías de desarrollo implica que no necesariamente el enfoque regulatorio es la única opción para avanzar en este ámbito.⁶⁵

En este sentido, la abstención de la mayoría de los Estados latinoamericanos de votar a favor del proyecto de tratado refleja la ambivalencia que representan la inversión extranjera directa y la presencia de empresas transnacionales en la región. Al reconocer los Estados la aportación que dichas empresas realizan al desarrollo económico nacional y regional (a pesar de que la repartición de beneficios deje mucho que desear en algunas instancias), se subraya el efecto positivo que mayoritariamente generan en los países latinoamericanos. Por tanto, esta perspectiva parece indicar que la imposición de una medida única para regular el comportamiento de las empresas bajo el derecho internacional, como lo sería el proyecto de tratado, podría limitar la capacidad de los gobiernos para establecer las medidas apropiadas según su condición y realidad. Más adelante se discutirán brevemente algunas consideraciones jurídicas sobre los obstáculos a los que se enfrenta inicialmente dicha iniciativa.

No obstante la votación del 26 de junio de 2014, al día siguiente el Consejo de Derechos Humanos adoptó por unanimidad una segunda resolución con la que extendió el mandato del Grupo de Trabajo sobre derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas⁶⁶ por tres años, en una clara muestra de apoyo a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Dentro de la resolución, destacan tres puntos en particular: la indicación al Grupo de Trabajo de identificar y promover buenas prácticas en la implementación nacional de los Principios Rectores;⁶⁷ la solicitud a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de explorar la totalidad de opciones jurídicas y medidas prácticas para mejorar el acceso a remedios para las víctimas, tanto de índole judicial como no judicial;⁶⁸ y finalmente, la invitación a las organizaciones regionales e internacionales a buscar la opinión del Grupo de Trabajo durante la formulación o desarrollo de políticas o instrumentos pertinentes.⁶⁹ De esta manera, a través de la adopción de la resolución 26/22, el Consejo de Derechos Humanos parece reafirmar a los Principios Rectores como el punto de convergencia a nivel internacional respecto a la responsabilidad de las empresas

⁶⁵ Karl P. Sauvant, "Looking Back, Looking Ahead: What lessons should we learn from past UN efforts to adopt a Code of Conduct for Business?" (16 de abril de 2015), disponible en <http://www.ihrb.org/commentary/looking-back-looking-ahead.html> (visitado el 17 de abril de 2015).

⁶⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22 (27 de junio de 2014).

⁶⁷ *Ibid.*, §6.

⁶⁸ *Ibid.*, §7.

⁶⁹ *Ibid.*, §12.

en el ámbito de los derechos humanos, aunque como fue reconocido por John Ruggie, éstos son el “fin del inicio”, es decir, la plataforma inicial dentro del proyecto a largo plazo que representa el desarrollo de estándares internacionales para las empresas respecto a sus impactos en los derechos humanos.⁷⁰

En relación al proyecto de tratado que comenzó a discutirse en julio de 2015, existen varios puntos que por su relevancia merecen ser abordados, aunque sea de forma breve.⁷¹ Por ello, se analizarán de forma sumaria tres preguntas en relación a la propuesta del tratado, con los respectivos desafíos existentes para responder a cada una de ellas: ¿qué se busca regular? ¿a quién se busca regular? Y ¿cómo se busca regular?⁷²

La idea de regular jurídicamente la conducta de las empresas desde el derecho internacional, como ya se mencionó anteriormente, no es nueva. Sin embargo, las limitaciones propias del carácter subsidiario⁷³ del derecho internacional cobran una especial importancia en este contexto. De forma general, los tratados internacionales de derechos humanos establecen dentro de sus disposiciones la obligación de los Estados de adoptar medidas de derecho interno para dar efectividad a las normas contenidas en el instrumento convencional. Esta característica ha sido señalada como básica en el eventual tratado que llegase a ser adoptado en este ámbito, particularmente en relación a la salvaguarda efectiva y enjuiciamiento de las empresas que se estimen culpables de violaciones a los derechos humanos.⁷⁴ Sin embargo, ese continúa siendo uno de los principales problemas detectados tanto por Órganos de Tratados y Procedimientos Especiales, como por las diferentes cortes regionales de derechos humanos.

Aún más, siendo la base para la efectividad de las normas internacionales en el ámbito interno, el tema de la responsabilidad empresarial, particularmente tras la adopción de los Principios Rectores, ha tenido como reto principal la adopción de medidas holísticas a nivel doméstico.⁷⁵ En este sentido, el desarrollo y adopción de planes nacionales de acción en este tema en el subcontinente

⁷⁰ John G. Ruggie, “International Legalization in Business and Human Rights”, (Comentarios en la presentación del premio Harry LeRoy Jones, otorgado por la Washington Foreign Law Society, 11 de junio de 2014), p. 3: “As the business and human rights agenda continues to evolve, further legalization is an inevitable and necessary component of future developments. But we need to ask ourselves what form it should take at the international level”.

⁷¹ Debido al tiempo transcurrido durante el proceso de dictamen del presente artículo, no es posible presentar un comentario analítico actualizado y completo de los temas discutidos durante la primera sesión del Grupo de trabajo intergubernamental, en la que el autor participó como asesor de la delegación mexicana. Para un análisis pormenorizado de la primera sesión, véase Humberto Cantú Rivera, “¿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; véase también Carlos López y Ben Shea, “Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session”, *Business & Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, pp. 111-116.

⁷² Aunque los razonamientos expuestos en el presente artículo respecto al proyecto de tratado no necesariamente están vinculados o basados en el análisis contenido en la siguiente referencia, véase Olivier De Schutter, “Towards a New Treaty on Business and Human Rights”, *Business & Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, pp. 41-67.

⁷³ Sobre este punto, véase Paolo G. Carozza, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003.

⁷⁴ David Bilchitz, “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1(2), 2016, pp. 203-227.

⁷⁵ John G. Ruggie, “Life in the Global Public Domain: Response to Commentaries on the UN Guiding Principles and the Proposed Treaty on Business and Human Rights”, p. 4 (5 de febrero de 2015), dispo-

latinoamericano continúa siendo una gran interrogante,⁷⁶ y que se ha visto subrayada tras la votación en la resolución sobre el tratado. Así, la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos, si bien podría implicar un reforzamiento de las responsabilidades de las empresas,⁷⁷ también necesitaría del compromiso genuino y de acciones efectivas por parte de los Estados para desdoblarse su contenido dentro de su jurisdicción territorial, en particular respecto al acceso a recursos jurídicos y no jurídicos efectivos para las víctimas.⁷⁸ De singular importancia es este compromiso, puesto que sin él, la adopción e incluso ratificación de un tratado internacional resulta irrelevante en la práctica, y por tanto, en la protección de los derechos humanos.

Un serio déficit al que se enfrenta la propuesta de Ecuador y Sudáfrica es que conforme a la resolución adoptada, el tratado buscará regular la actuación de las empresas transnacionales y otras empresas cuya actividad operacional sea de carácter transnacional, sin aplicarse “a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”.⁷⁹ Lo anterior, desde luego, enfrenta un serio desafío semántico y jurídico: las empresas transnacionales, como tal, en realidad son un conjunto de empresas independientes una de la otra, con una personalidad jurídica separada y una nacionalidad correspondiente al Estado donde se constituyeron;⁸⁰ por lo tanto, una empresa denominada “transnacional” no es otra cosa sino un conjunto de empresas nacionales, operando bajo un mismo nombre (en ocasiones) o dentro de un grupo, con un objetivo común y con estrategias de negocios coordinadas.⁸¹ Por tanto, la compleja estructura de una empresa transnacional permite en muchas ocasiones a las empresas ma-

nible en <http://jamesgstewart.com/life-in-the-global-public-domain-response-to-commentaries/> (visitado el 17 de abril de 2015).

⁷⁶ Cabe señalar que Colombia adoptó un Plan de Acción Nacional sobre derechos humanos y empresas en diciembre de 2016, siendo el primer país no europeo en adoptar tal instrumento. Diversos otros países latinoamericanos se encuentran en diversas fases de desarrollo de un instrumento similar, entre ellos México, Brasil, Chile y Argentina.

⁷⁷ Cfr. Frédéric Mégret, “Would A Treaty Be All It Is Made Up To Be?” (4 de febrero de 2015), disponible en <http://jamesgstewart.com/would-a-treaty-be-all-it-is-made-up-to-be/> (visitado el 17 de abril de 2015), quien señala que el ‘objetivizar’ a las empresas nuevamente, como sucedió en los esfuerzos anteriores por establecer normas internacionales vinculantes, podría constituir un retroceso ante su marcada participación en el proceso del Representante Especial.

⁷⁸ Peter T. Muchlinski, “Beyond the Guiding Principles? Examining New Calls for a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights” (15 de octubre de 2013), disponible en <http://www.ihrb.org/commentary/guest/beyond-the-guiding-principles.html> (visitado el 17 de abril de 2015).

⁷⁹ 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). Durante la primera sesión del Grupo de trabajo intergubernamental se abordó esta cuestión, ante la solicitud de la Unión Europea de no limitar la discusión exclusivamente a las empresas transnacionales. Para un análisis detallado de esta situación, véase Humberto Cantú Rivera, “¿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.

⁸⁰ Véase John Gerard Ruggie, *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda* (Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 31; John F. Kennedy School of Government, Harvard University), 2007, pp. 7-8, quien escribe que el grupo transnacional como tal no se encuentra regido directamente por el derecho internacional.

⁸¹ Bilchitz reconoce esta realidad; véase David Bilchitz, “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1(2), 2016, pp. 203-227. Algunas excepciones a esta regla, sin embargo, han comenzado a aparecer, particularmente en jurisdicciones europeas. Para un análisis más detallado, véase Humberto Cantú Rivera, “Towards Judicial Accountability in the Business & Human Rights Field?”, en Dário Moura Vicente (ed.), *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions Into Perspective*, Leiden, Brill-Martinus Nijhoff, 2016.

trices escapar de la jurisdicción de un Estado donde las actividades de sus subsidiarias hayan generado impactos en los derechos humanos.

En ese sentido, de gran trascendencia será la discusión sobre si el proyecto de tratado debe ser abierto a todas las empresas independientemente de su tipo o tamaño,⁸² o si en realidad es preferible concentrarse en los grupos transnacionales. Desde luego, en el último enfoque existe la posibilidad (que parece ser la intención original) de que se busque acotar la actividad de las diferentes empresas nacionales que forman parte de un grupo transnacional, lo cual permitiría en principio regular sus actividades de forma conjunta, y establecer normas vinculantes para tales destinatarios de carácter nacional.⁸³ Un excesivo enfoque por “domar” a las empresas transnacionales puede ignorar el importante papel que en esta cuestión tienen las empresas nacionales, subsidiarias, cadenas de suministro y de producción, lo cual podría constituir un serio retroceso en relación al enfoque de los Principios Rectores.

Una última pregunta es respecto a la forma que el proyecto de tratado adoptaría, y en particular, cómo regular las actividades de las empresas transnacionales. John Ruggie ha sugerido en reiteradas ocasiones que un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos, más allá de buscar ser un instrumento con un enfoque holístico, debe por el contrario enfocarse en atacar las más graves violaciones de derechos humanos que existen,⁸⁴ y que son ampliamente reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional, entre ellas el genocidio, ejecuciones sumarias, esclavitud o trabajos forzados, entre otras. De tal forma, una propuesta reducida y que se enfoque a las peores violaciones contaría nominalmente con el apoyo político de todos los países, quienes reconocen tales actos como violaciones graves a los derechos humanos. Desde luego, concentrarse en atacar las violaciones a derechos humanos que puedan constituir crímenes de lesa humanidad por medio de un tratado es una consideración básica que debe estar incluida en cualquier propuesta futura, pero indudablemente no deben ser las únicas conductas o actos que se busquen regular.

Sin embargo, determinar qué violaciones a derechos humanos deben estar incluidas en este proyecto resulta una tarea sumamente complicada, en particular porque algunos Estados no reconocen de forma generalizada algunos derechos que, sin embargo, son de una importancia fundamental para la dignidad de las personas. En numerosos casos que han existido hasta la fecha, la participación de las empresas en violaciones graves a los derechos humanos se ha dado principalmente en forma accesoria, es decir, a través de la complicidad, usualmente con el gobierno del Estado correspondiente, resultando en atentados contra los derechos civiles y políticos de las personas. Sin embargo,

⁸² Surya Deva, “The Human Rights Obligations of Business: Reimagining the Treaty Business”, *Workshop on Human Rights and Transnational Corporations: Paving the Way for a Legally Binding Instrument*, Ginebra, 11-12 de marzo de 2014, p. 7.

⁸³ David Bilchitz, “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1(2), 2016, pp. 203-227.

⁸⁴ John G. Ruggie, “Life in the Global Public Domain: Response to Commentaries on the UN Guiding Principles and the Proposed Treaty on Business and Human Rights”, p. 8 (5 de febrero de 2015), disponible en <http://jamesgstewart.com/life-in-the-global-public-domain-response-to-commentaries/> (visitado el 17 de abril de 2015). Véase también Karl P. Sauvant, “Looking Back, Looking Ahead: What Lessons Should we Learn from Past UN Efforts to Adopt a Code of Conduct for Business?” (16 de abril de 2015), disponible en <http://www.ihrb.org/commentary/looking-back-looking-ahead.html> (visitado el 17 de abril de 2015), quien aboga por un instrumento a escala reducida.

en muchos otros casos (y particularmente en el contexto latinoamericano), la actividad de las empresas ha tenido un mayor impacto en los derechos económicos, sociales y culturales de las poblaciones o individuos afectados, y como consecuencia en su derecho a una vida digna. Así, el subcontinente latinoamericano ha sido testigo de afectaciones en los derechos al agua, a la vivienda digna, a la alimentación adecuada, a la salud, al medio ambiente sano, o bien de desplazamientos forzados, de negación al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, a la cultura o a la propiedad, ocasionados mayormente por las operaciones de las industrias extractivas.⁸⁵ En el mismo contexto debe ubicarse a los defensores de derechos humanos, quienes constantemente enfrentan amenazas a sus derechos a la información, de asociación y reunión, e incluso a la vida.

Ante tal disyuntiva, resultará de suma importancia que los Estados concilien sus respectivas posiciones políticas y jurídicas, de forma que el proyecto de tratado se enfoque en garantizar la dignidad humana de forma general y en proteger todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos de las afectaciones que puedan resultar de la actividad empresarial. De especial relevancia será también que los Estados vayan más allá de los Principios Rectores, de forma que reconozcan e incluyan dentro de las responsabilidades de las empresas el respeto a las prerrogativas incluidas en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como la CEDAW, la Convención sobre los Derechos del Niño, o los demás tratados internacionales que han reconocido derechos para grupos vulnerables o minorías. En este sentido, cobra una importancia fundamental la premisa básica relativa a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, misma que deberá ser un factor esencial en la discusión sobre la determinación de las violaciones a los derechos humanos en el marco del proyecto del tratado.

Otras dos cuestiones vinculadas con las tres preguntas esbozadas con antelación se relacionan a la jerarquía de normas a nivel internacional, por una parte, y a la competencia extraterritorial, por la otra. Ambas son cuestiones que no se encuentran claramente determinadas bajo el derecho internacional, pero que debido a su impacto en la protección de los derechos humanos, merecen ser objeto de algunos breves comentarios.

La cuestión de la jerarquía de las normas es de singular trascendencia, ya que las empresas, bajo el derecho internacional económico o de las inversiones, gozan de una amplia protección que se encuentra garantizada usualmente a través de tratados bilaterales de inversión.⁸⁶ De forma adicional, dichos tratados de inversión por lo general contienen cláusulas que permiten a las empresas

⁸⁵ Esto ha sido incluso reconocido por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre empresas y derechos humanos, en su informe relativo al Foro Regional de América Latina y el Caribe, sostenido en el 2013 en Medellín, Colombia. Véase Informe del 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), §II.A.d.

⁸⁶ Para una breve pero informada obra respecto al derecho internacional de las inversiones, véase August Reinisch, *Recent Developments in International Investment Law*, París, Editions A. Pedone, 2009; asimismo, véase Robert McCorquodale y Penelope Simons, "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law", *Modern Law Review*, Vol. 70(4), 2007, p. 625, respecto a los tratados bilaterales de inversión y la necesidad de que los gobiernos se aseguren que su capacidad regulatoria en materia de derechos humanos no sea inhibida por los acuerdos comerciales.

demandar a los Estados receptores ante tribunales arbitrales cuando consideren que los derechos relativos a su inversión⁸⁷ han sido sujetos de menoscabo por la acción regulatoria del Estado.⁸⁸ En la práctica, dicha protección usualmente se ve acompañada de una “cláusula de estabilización”,⁸⁹ con la que el inversionista obtiene una garantía del Estado receptor de que las medidas públicas adoptadas tras la entrada en vigor del acuerdo de inversión no le serán aplicables, limitando de esta forma la capacidad del Estado para, entre otros, proteger el medio ambiente o los derechos humanos.

Sin embargo, los derechos de los inversionistas en muchas ocasiones llevan al Estado a enfrentarse a un conflicto de normas sustantivas, en virtud de tener obligaciones jurídicas que normalmente derivan del tratado bilateral de inversión, por una parte, y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por la otra.⁹⁰ Ante la falta de claridad en torno a qué norma debe imperar, se ha considerado relevante que el proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos contemple por lo menos una declaración en ese sentido, en la que se establezca de forma explícita que los tratados internacionales de derechos humanos tienen una primacía (o por lo menos un valor equivalente) ante los distintos instrumentos del derecho internacional económico o de las inversiones.⁹¹

Desde luego, en el supuesto de la aprobación de un tratado sobre empresas y derechos humanos que contuviera dicha cláusula, se estaría ante una situación de equivalencia en cuanto al valor jurídico formal de dos normas convencionales, en la que teóricamente los derechos humanos tendrían primacía ante otro tipo de normas.⁹² Sin embargo, en la práctica dicha equivalencia podría

⁸⁷ August Reinisch, *op. cit.*, pp. 23-50. Véase igualmente Bruno Simma, “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, 2011, p. 577, donde escribe: “...after all, protection of foreign investment is to benefit the investor, while human-rights-based claims, if and when they arise in investment disputes, will mainly appear as defenses argued by States that have interfered in such investments”.

⁸⁸ Sobre este tema, véase Christopher Dugan et al., *Investor-State Arbitration*, Nueva York, Oxford University Press, 2012; en español, véanse Irene Gabriela García Corona, *Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos*, México, IJ-UNAM, 2013, pp. 79-140, y Sonia Rodríguez Jiménez y Herfried Wöss (coords.), *Arbitraje en materia de inversiones*, México, IJ-UNAM, 2010.

⁸⁹ Elisa Morgera, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 27; véase también John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, W. W. Norton, Nueva York, 2013, p. 135.

⁹⁰ Un análisis exhaustivo de este tema se encuentra fuera del alcance de este artículo; sin embargo, se refiere al lector a las siguientes obras o artículos de referencia: Erika De Wet y Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (en particular los capítulos de Jure Vidmar, Susan Karamanian, y Andreas Ziegler y Bertram Boie); Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009; Erika De Wet y Jure Vidmar, “Conflicts Between International Paradigms: Hierarchy Versus Systemic Integration”, *Global Constitutionalism*, Vol. 2(2), 2013; y Tamar Meshel, “Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6(2), 2015.

⁹¹ David Bilchitz, “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1(2), 2016, pp. 203-227. Surya Deva, “The Human Rights Obligations of Business: Reimagining the Treaty Business”, *Workshop on Human Rights and Transnational Corporations: Paving the Way for a Legally Binding Instrument*, Ginebra, 11-12 de marzo de 2014, p. 9. Cfr. John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, W. W. Norton, Nueva York, 2013, p. 67, quien escribe que un tratado sobre empresas y derechos humanos no resolvería la cuestión, al no existir un consenso sobre la jerarquía de normas en el derecho internacional más allá de un número limitado de normas *ius cogens*.

⁹² Ryan Suda, “The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization”, en Olivier De Schutter (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford/Portland,

verse limitada en el contexto de disputas arbitrales en materia de inversión, donde el tribunal arbitral sólo podría tomar en consideración el marco jurídico previamente acordado por las partes.⁹³ En todo caso, la inclusión de consideraciones de derechos humanos en las cláusulas respectivas dentro de los tratados bilaterales de inversión y acuerdos de inversión con empresas constituiría una mejor y más efectiva alternativa para determinar contractualmente la jerarquía de los derechos humanos frente a los derechos de los inversionistas en un contexto específico, potencialmente reduciendo la posible arbitrariedad de un laudo arbitral.⁹⁴

Por otra parte, la cuestión de la competencia jurisdiccional extraterritorial sin duda será una de las principales discusiones (y fuentes de desacuerdo) en el marco del proyecto del tratado sobre empresas y derechos humanos.⁹⁵ Esta polémica cuestión es una de las grandes interrogantes del derecho internacional público contemporáneo, en virtud de que los Estados han acordado (aunque raramente utilizan) la competencia jurisdiccional extraterritorial en materia penal por ciertos crímenes internacionales,⁹⁶ pero no en materia civil.⁹⁷ En este sentido, John Ruggie señaló en 2007 que el ejercicio de jurisdicción universal en materia civil no se encuentra prohibido por el derecho internacional,⁹⁸ por lo que su ejercicio se encuentra supeditado a la determinación que hagan los Estados, aunque preferiblemente cuando se cuente con vínculos que establezcan su competencia (sea esta personal o territorial, por ejemplo).

Como fue mencionado con anterioridad, algunos países occidentales han decidido recientemente limitar su capacidad de recibir demandas civiles por violaciones de derechos humanos cometidos fuera de su territorio, particularmen-

Hart, 2006, p. 88. Sin embargo, la práctica internacional reciente ha demostrado que este supuesto es relativo: Corte Internacional de Justicia, *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania v. Italia: intervención de Grecia)* (Sentencia, 3 de febrero de 2012), donde la Corte determinó que la inmunidad jurisdiccional del Estado tiene primacía frente a ciertas normas de *jus cogens*.

⁹³ Debido a ello, potencialmente sólo los tratados bilaterales firmados tras la eventual entrada en vigor del proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos caerían directamente en este supuesto. Sobre la competencia del tribunal arbitral, véase Clara Reiner y Christoph Schreuer, "Human Rights and International Investment Arbitration", en Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 83; respecto al marco jurídico aplicable, véase Bruno Simma, "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, 2011, p. 582.

⁹⁴ Respecto al choque entre inversión y derechos humanos, véase en particular José E. Álvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Leiden, Brill, 2011, pp. 370 y ss.

⁹⁵ Para profundizar en esta cuestión a través de un magnífico estudio preparado para el mandato del Representante Especial, particularmente en el contexto de los derechos humanos y las empresas transnacionales, véase: Olivier De Schutter, *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool For Improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations* (22 de diciembre de 2006), disponible en <http://crdho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/ExtraterrRep22.12.06.pdf> (visitado el 17 de abril de 2015).

⁹⁶ En relación a los crímenes internacionales cometidos por empresas, véase Wolfgang Kaleck y Miriam Saage-Maab, "Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes. The Status Quo and its Challenges", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8(3), 2010, p. 702 y ss.

⁹⁷ Cfr. Donald Francis Donovan y Anthea Roberts, "The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction", *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, p. 145, quienes mencionan que cada vez más seguido se invoca la competencia universal en material civil.

⁹⁸ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Responsabilidad empresarial con arreglo al derecho internacional y cuestiones relacionadas con la regulación extraterritorial: Resumen de los seminarios jurídicos*, A/HRC/4/35/Add.2 (15 de febrero de 2007), §§ 42-49.

te ante la inexistencia de un vínculo que les otorgue competencia directa. El reclamo de la sociedad civil por abrir una vía en este sentido se debe a que los Estados desarrollados en principio tienen una mayor capacidad para exigir y juzgar de forma efectiva las acciones cometidas por los grupos transnacionales, y en particular de ejecutar los fallos, sin la interferencia de otros países.⁹⁹ Sin embargo, al cerrar las vías judiciales en tales foros, las víctimas de violaciones cometidas por empresas tendrían como única opción acudir ante los tribunales del lugar donde ocurrió el daño (*forum loci delictii*), aunque con un mayor riesgo de que la empresa acusada evada la justicia.¹⁰⁰

Ante esta situación, y en particular ante la potencial limitación del ejercicio del derecho humano a un recurso efectivo, han surgido dos propuestas específicas: en primer lugar, abordar la discusión respecto a la utilización excepcional de la figura del foro por necesidad (*forum necessitatis*),¹⁰¹ cuando una jurisdicción acepte examinar un caso conforme a su derecho procesal interno aunque no tenga competencia tradicional sobre el caso concreto, y no exista otro foro competente. Esta propuesta tiene como fondo el riesgo de una evasión de justicia, particularmente en aquellos casos en que las víctimas no puedan acceder a los tribunales nacionales competentes o a una jurisdicción internacional, por lo que se erige como una (limitada) alternativa para garantizar el acceso a la justicia.¹⁰² Esta opción, sin embargo, constituye un último recurso y potencialmente podría generar conflictos entre diversas jurisdicciones que pudieran estimarse competentes, particularmente tratándose de la protección o enjuiciamiento de una empresa “transnacional”.¹⁰³

Una segunda propuesta que ha comenzado a surgir en foros académicos en el marco del debate sobre el proyecto del tratado sobre empresas y derechos humanos, pero que ha existido desde hace algunos años,¹⁰⁴ se centra en la creación de un órgano internacional dedicado a esta cuestión. En principio, dicho órgano facilitaría el desarrollo normativo y clarificación de estándares sobre empresas y derechos humanos (a través de observaciones generales, como las realizadas por los diversos Órganos de Tratados de derechos humanos, así como de sus observaciones en casos individuales), y tendría la facultad de re-

⁹⁹ Tal es la situación de Ecuador, uno de los principales promotores del tratado, particularmente respecto a la intervención judicial de un tribunal de los Estados Unidos para impedir la ejecución del fallo en el caso Chevron. Sentencia, *María Aguinda et al. v. Chevron Corp.*, Expediente No. 2003-0002 (Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, 14 de febrero de 2011).

¹⁰⁰ Robert McCorquodale, “International Human Rights Law Perspectives on the UN Framework and Guiding Principles on Business and Human Rights”, en Lara Blecher, Nancy K. Stafford y Gretchen C. Bellamy (eds.), *Corporate Responsibility for Human Rights Impacts: New Expectations and Paradigms*, Chicago, ABA Publishing, 2014, p. 59.

¹⁰¹ Para un estudio a profundidad sobre el tema, véase Stephanie Redfield, “Searching for Justice: The Use of *Forum Necessitatis*”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 45(3), 2014; véase igualmente Humberto Cantú Rivera, “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. 747-749, para un par de ejemplos prácticos sobre la utilización de esta figura.

¹⁰² Donald Francis Donovan y Anthea Roberts, *op. cit.*, pp. 147, 149-150, 160.

¹⁰³ Surya Deva, “Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation”, en Christoph Luetge (ed.), *Handbook of the Philosophical Foundation of Business Ethics*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 1086.

¹⁰⁴ Julia Kozma, Manfred Nowak y Martin Scheinin, *A World Court of Human Rights – Consolidated Statute and Commentary*, Viena, Wissenschaftlicher Verlag, 2010; Manfred Nowak, “The Need for a World Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2007.

cibir quejas en materia civil¹⁰⁵ o penal por las acciones de las empresas que produzcan un impacto negativo en los derechos humanos.¹⁰⁶ De tal forma, sería una opción para resolver (o reducir) la polarización existente respecto al acceso a la justicia para las víctimas, y en particular sobre la competencia extraterritorial.

Si bien es una propuesta interesante, ambas acciones son, en mayor o menor medida, parte del mandato del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos, que tiene la facultad de emitir recomendaciones sobre el desarrollo e implementación de los Principios Rectores a nivel nacional y respecto al acceso de las víctimas a recursos jurídicos y no jurídicos efectivos.¹⁰⁷ En el mismo sentido, el Grupo de Trabajo tiene la facultad de recibir comunicaciones individuales por alegaciones de violaciones a los derechos humanos por empresas,¹⁰⁸ aunque desde luego su intención es que, al dialogar con el Estado, éste tome medidas para detener una violación en curso y evitar su repetición en el futuro, y no particularmente emitir recomendaciones de reparación.

Tal vez el órgano propuesto se acercaría un poco más al modelo de los Comités derivados de los tratados de derechos humanos, los cuales sí tienen la posibilidad de adoptar vistas y emitir recomendaciones de reparación¹⁰⁹ para garantizar el derecho a un recurso efectivo en casos individuales. Independientemente de las consideraciones teóricas y prácticas que deberán tomarse en cuenta respecto a esta propuesta, es claro que de concretarse, el producto sería un órgano innovador, con competencias previamente inexploradas a nivel internacional, aunque por la misma razón con una complicada misión.

Como se pueda observar de las breves consideraciones expuestas con antelación, la propuesta de crear un tratado sobre empresas y derechos humanos enfrenta numerosas dificultades y aristas, que incluyen aspectos irresolutos tanto en el marco del derecho internacional general como en la rama de los derechos humanos. La adopción de un tratado en esta materia permitiría tener claridad respecto a la existencia de obligaciones de derechos humanos para las empresas, derivadas directamente del derecho internacional,¹¹⁰ y ser un catalizador para que los Estados unifiquen sus legislaciones con la normativa convencional, lo que crearía una armonización internacional en el tema. De especial relevancia será la elevación a obligación internacional del Estado el requerimiento a las empresas de contar con procesos de debida diligencia en materia de

¹⁰⁵ Maya Steinitz, "The Case for an International Court of Civil Justice", *Stanford Law Review Online*, Vol. 67, 2014.

¹⁰⁶ David Bilchitz, "The Necessity for a Business and Human Rights Treaty", *Business and Human Rights Journal*, vol. 1(2), 2016, pp. 203-227; véase también Anna Grear y Burns H. Weston, "The Betrayal of Human Rights and the Urgency of Universal Corporate Accountability: Reflections on a Post-Kiobel Lawscape", *Human Rights Law Review*, Vol. 15(1), 2015, pp. 32, 35, quienes señalan que los litigios a nivel doméstico (como en el caso de los Estados Unidos y el *Alien Tort Statute*) y el uso de estrategias que no estén centradas en los derechos humanos pueden ser una distracción respecto a formas más directas y productivas de rendición de cuentas por parte de las empresas.

¹⁰⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22 (27 de junio de 2014), §5.

¹⁰⁸ Consejo de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22 (27 de junio de 2014), §11.

¹⁰⁹ Véase Valeska David, "Reparations at the Human Rights Committee: Legal Basis, Practice and Challenges", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 32(1), 2014.

¹¹⁰ Sobre este punto, véase en general Jernej Letnar Čerňič & Tara Van Ho (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015.

derechos humanos, a fin de prevenir y reducir sus impactos en los derechos humanos.

No obstante, conviene tener en cuenta que un tratado internacional será irrelevante sin la debida participación y práctica del Estado para adoptar medidas de derecho interno. La realidad tanto en el contexto de las Naciones Unidas como de los sistemas regionales de derechos humanos lo demuestra. En ese sentido, la única forma de subsanar las deficiencias y debilidades institucionales y jurídicas de un marco internacional sobre empresas y derechos humanos recaerá en el compromiso y respeto de las obligaciones internacionales que existan al interior de los Estados parte del tratado, y particularmente en garantizar que las víctimas de violaciones empresariales de derechos humanos tengan un foro imparcial e independiente al que puedan acudir para solicitar la protección de sus derechos humanos.

IV. La cuestión de las empresas y los derechos humanos en México

Habiendo revisado de forma general el desarrollo que la discusión sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos ha tenido a nivel internacional y regional, pasamos ahora a revisar de forma breve la manera en que dicha temática impacta al Estado mexicano. El Estado mexicano tiene una tendencia hacia el neoliberalismo desde la década de 1980, que se ha acentuado de forma paralela al ritmo de expansión de la globalización.¹¹¹ Como resultado de su gradual apertura a la inversión extranjera y al ingreso de empresas transnacionales a las distintas áreas de la actividad económica del país (y en particular a partir de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y de su adhesión a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos en 1994), México se ha posicionado dentro de los primeros diez países receptores de inversión extranjera directa a nivel mundial.¹¹² Con motivo de ello, numerosas empresas transnacionales cuentan en la actualidad con operaciones en México, a la vez que diversas empresas mexicanas han expandido sus operaciones hacia el exterior.

Sin embargo, a pesar de numerosos ejemplos de países extranjeros que demuestran la importancia que tiene regular la actividad de las empresas de forma efectiva, y en particular de garantizar que su actividad no perjudique a los derechos humanos, el Estado mexicano lamentablemente no ha adoptado acciones concretas para desarrollar una estrategia y política pública efectivas en este tema.¹¹³ Casos recientes ligados a accidentes y derrames de petróleo (como en

¹¹¹ Cfr. Bernardo Sepúlveda Amor, "Política industrial y empresas transnacionales en México", en Bernardo Sepúlveda Amor, Olga Pellicer de Brody y Lorenzo Meyer, *Las empresas transnacionales en México*, México, Colegio de México, 1974, pp. 3-15, donde el autor señala que a partir de la Segunda Guerra Mundial comienza un progresivo ingreso de capital extranjero a México; sin embargo, el ritmo de inversión extranjera directa se acelera con el proceso de globalización y la tendencia neoliberal del país, que comienza durante la década de los ochenta. Véase igualmente Enrique Krauze, "México contemporáneo (1988-2008)", en Gisela von Wobeser (coord.), *Historia de México*, México, FCE/SEP/Academia Mexicana de Historia, 2010, pp. 265-266, para unos breves comentarios sobre el impacto de la apertura al capital foráneo.

¹¹² UNCTAD, *World Investment Report 2014: Overview*, Nueva York/Ginebra, ONU, 2014, pp. 4 y 14.

¹¹³ Debe señalarse que el Estado ha señalado al Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (Business and Human Rights Resource Centre) que cuenta con diversas disposiciones jurídi-

los numerosos casos que Pemex ha enfrentado tan sólo en los dos últimos años),¹¹⁴ al inadecuado tratamiento de desechos industriales derivados de la actividad minera o a los impactos en comunidades cercanas (como es el caso de Grupo México en Sonora o de otras mineras en el resto del país),¹¹⁵ a la producción de energía (como en el Istmo de Tehuantepec, en Oaxaca),¹¹⁶ a la intención de privatizar el servicio de distribución de agua,¹¹⁷ e incluso la limitación de la libertad de expresión y de acceso a la información por empresas en el sector de las telecomunicaciones¹¹⁸ son tan sólo algunas de las situaciones que han perjudicado (o podrían perjudicar) diversos derechos humanos, *inter alia* los derechos a la alimentación, al agua potable y su saneamiento, al medio ambiente sano, a la vivienda digna, a la libertad de expresión, al acceso a la información, de reunión y asociación, de los pueblos indígenas y en algunos casos, a la vida.

Si bien muchos de ellos podrían considerarse como conflictos entre particulares, la realidad es que el impacto que las actividades empresariales tienen en los derechos humanos debe ser sujeto de una discusión pública a nivel nacional, con el objetivo de delimitar claramente una estrategia en la materia que tome en cuenta el consenso existente y buenas prácticas a nivel internacional, que permita la participación de los distintos actores involucrados, y que sirva para definir de forma clara las responsabilidades y obligaciones a las que están —o debieran estar— sujetas los diferentes participantes en el tema. De mayor trascendencia se torna esta situación en virtud de la aún reciente reforma energética¹¹⁹ o de las reiteradas situaciones que han tenido lugar en los sectores de las telecomunicaciones o la minería, ya que potencialmente puede haber un mayor impacto en

cas y de política pública que podrían ser consideradas acciones en este ámbito; sin embargo, distan mucho de ser un Plan Nacional de Acción en la materia, como ha recomendado el Grupo de Trabajo de la ONU sobre empresas y derechos humanos. Para ver la respuesta de México a una encuesta realizada por dicha organización, visite <http://business-humanrights.org/es/mexico-1>

¹¹⁴ Por ejemplo, véase uno de los casos más recientes: Armando Martín, “Derrame de aceite deja sin agua a 200 mil personas en Tabasco”, *Reporte Informativo* (14 de abril de 2015), disponible en <http://reporteinformativo.mx/derrame-de-aceite-deja-sin-agua-a-200-mil-personas-en-tabasco/> (visitado el 17 de abril de 2015).

¹¹⁵ Diferentes casos han aparecido recientemente en el sector minero; entre otros, véase Alfredo Méndez, “Admiten recurso colectivo contra Grupo México por derrame en Sonora”, *La Jornada* (20 de abril de 2015), disponible en <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/04/20/admiten-recurso-colectivo-contra-grupo-mexico-por-derrame-en-sonora-2701.html> (visitado el 21 de abril de 2015); “Se amparan en bloque pueblos indígenas en contra de concesiones mineras”, *FUNDAR: Centro de Análisis e Investigación* (14 de abril de 2015), disponible en http://fundar.org.mx/se-amparan-en-bloque-pueblos-indigenas-en-contra-de-concesiones-mineras/#.VTj2085n_8F (visitado el 21 de abril de 2015); Redacción, “Minera canadiense dice que a los cárteles en Sinaloa se les pide permiso para trabajar”, *Sin Embargo* (10 de abril de 2015), disponible en <http://www.sinembargo.mx/10-04-2015/1308747> (visitado el 21 de abril de 2015).

¹¹⁶ Adazahira Chávez, “La disputa por el viento en el Istmo”, *La Jornada* (13 de diciembre de 2014), disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2014/12/13/oja-istmo.html> (visitado el 21 de abril de 2015).

¹¹⁷ Redacción, “Privatizarán suministro de agua; Grupo Higa, uno de los primeros beneficiario”, *Aristegui Noticias* (4 de marzo de 2015), disponible en <http://aristeguinoticias.com/0403/mexico/privatizaran-suministro-de-agua-grupo-higa-uno-de-los-primeros-beneficiarios/> (visitado el 21 de abril de 2015).

¹¹⁸ AP, “Despido de Aristegui ‘huele a censura’: relator de la CIDH”, *La Jornada* (23 de marzo de 2015), disponible en <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/03/23/despido-de-aristegui-201chuele-a-censura201d-relator-de-cidh-171.html> (visitado el 21 de abril de 2015).

¹¹⁹ “México: Reforma Energética vulnera derechos humanos, advierten ONG ante la CIDH”, *Business and Human Rights Resource Centre* (20 de marzo de 2015), disponible en <http://business-humanrights.org/es/mexico-reforma-energetica-vulnera-derechos-humanos-advierten-ong-ante-la-cidh> (visitado el 21 de abril de 2015).

los derechos humanos si no se adoptan medidas preventivas y de coordinación al respecto.

Tomando en cuenta lo anterior, la presente sección analiza las acciones que han tenido lugar tanto en el ámbito de las políticas públicas como en el jurisdiccional, para delinear algunas de las posibles vías de desarrollo del tema en México, así como algunas de las acciones que se han adoptado al respecto.

1. La política interior y exterior de México sobre las empresas y los derechos humanos

La política pública de México en materia de derechos humanos se encuentra regida por el Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018, la estrategia nacional en la materia en vigor desde el 30 de abril de 2014, tras su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*. El Programa establece de forma general la política federal de derechos humanos que debe ser seguida por las diferentes Secretarías y órganos autónomos, y por primera vez incluyó una sección dedicada a los derechos humanos en el sector privado. De esta manera, el cuarto objetivo del Programa reconoce que para asegurar y fortalecer la protección de los derechos humanos, es necesario regular las acciones de actores privados y de promover el desarrollo de una cultura de derechos humanos en las empresas o instituciones privadas.¹²⁰

Para lograr lo anterior, el Programa ha establecido cinco líneas de acción en su Estrategia 4.4: fortalecer los mecanismos a cargo de garantizar el respeto de los derechos humanos por empresas y el sector privado; promover que las empresas difundan los estándares de derechos humanos y los incluyan en sus declaraciones de principios, códigos de conducta o políticas; promover una perspectiva de derechos humanos en la responsabilidad social empresarial; promover que la legislación dirigida a la regulación de las empresas asegure el respeto a los derechos humanos; y colaborar con las empresas para generar conciencia sobre sus obligaciones de derechos humanos en relación a sus empleados y clientes.¹²¹ Como puede observarse, el Programa Nacional de Derechos Humanos toma en consideración varias de las recomendaciones sobre políticas públicas hechas por el Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre empresas y derechos humanos, particularmente en relación al desarrollo de políticas empresariales en la materia y de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, por una parte, y del deber del estado de regular efectivamente y adoptar legislación que garantice el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos por las empresas, por la otra.

De forma adicional, la política exterior de México en relación a la cuestión de las empresas y los derechos humanos ha apoyado la internacionalización de los estándares en la materia de forma concordante con los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, y de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Por ejemplo, en la reunión sobre derechos

¹²⁰ *Diario Oficial de la Federación, Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018* (30 de abril de 2014), p. 98.

¹²¹ *Ibid.*, p. 99.

humanos y empresas del mes de enero de 2015, que tuvo lugar en la Organización de Estados Americanos, la misión mexicana destacó la inclusión de estándares de responsabilidad social empresarial en el Programa Nacional de Derechos Humanos, señalando que las empresas deben estar conscientes de su responsabilidad de respetar los derechos humanos.¹²² Lo anterior, en suma a los votos del Estado mexicano mencionados anteriormente en apoyo a los Principios Rectores y en abstención respecto al proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos, parecería indicar que México es un país a favor de que las empresas adopten medidas preventivas para evitar o mitigar sus impactos en los derechos humanos, sin la presión que constituiría contar con un instrumento internacional vinculante en la materia.

Sin embargo, un aspecto importante que parece estar ausente es una coordinación efectiva entre las políticas exterior e interior del país, y la adopción de medidas reales para promover y asegurar la implementación efectiva de los Principios Rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos en México. Diversas solicitudes de acceso a la información pública realizadas por el autor revelan que las Secretarías de Relaciones Exteriores,¹²³ de Gobernación,¹²⁴ de Economía¹²⁵ y la Oficina de la Presidencia de la República no han adoptado medidas apropiadas para implementar y difundir los Principios Rectores de la ONU en sus respectivas áreas de trabajo, por tanto limitando la efectividad del instrumento y el compromiso asumido a nivel internacional por el país en el ámbito de la política interior.¹²⁶ En este sentido, existe una importante área de oportunidad

¹²² Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Sesión Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial*, CP/CAJP/SA-560/15 (6 de febrero de 2015).

¹²³ El Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos instruyó a la Secretaría de Relaciones Exteriores a comunicar al autor si contaba con información respecto a la implementación o difusión de los Principios Rectores de la ONU, aunque la respuesta de la Secretaría demostró que no se han adoptado acciones al respecto. La SRE reconoció que la Agencia Mexicana de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AMEXCID) recibió un cuestionario del Grupo de Trabajo de la ONU sobre empresas y derechos humanos, pero que no dio respuesta ni actuó en consecuencia por falta de competencia. Secretaría de Relaciones Exteriores, Recurso de revisión RDA3314/14, Documento No. CI-870 (4 de diciembre de 2014), en el archivo del autor.

¹²⁴ La Secretaría de Gobernación, a través de la Subsecretaría de Derechos Humanos, hizo mención en su respuesta a las líneas de acción incluidas en el Programa Nacional de Derechos Humanos, pero no indicó otras medidas que se hayan adoptado para implementar o difundir los Principios Rectores de la ONU. Secretaría de Gobernación, Doc. No. DGPPDG/1110/2014 (11 de julio de 2014), en el archivo del autor.

¹²⁵ Sin embargo, la Secretaría de Economía informó que podría haber promocionado de forma "indirecta" los Principios Rectores, a través de sus actividades de apoyo en la difusión de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Secretaría de Economía, Doc. No. DAJCNE.315.14.450 (9 de junio de 2014), en el archivo del autor. Para un análisis más detallado de la respuesta, véase Humberto Cantú Rivera, "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, en particular la sección 6 del artículo.

¹²⁶ A pesar de lo anterior, en septiembre de 2015 se instaló un Grupo de trabajo intersecretarial sobre empresas y derechos humanos, en el que participan la SRE, la Secretaría de Economía, de Medio Ambiente y Recursos Naturales, del Trabajo y Protección Social, además de organizaciones de la sociedad civil, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y representantes empresariales. Dicho Grupo de trabajo es coordinado por la Dirección General de Política Pública de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación. En su más reciente reunión, el 18 de febrero de 2016, se diseñó una ruta de trabajo en la que la adopción de un plan de acción nacional sobre derechos humanos y empresas está prevista para finales de 2016. Por limitaciones de espacio (además de la ya señalada duración en el proceso de dictamen del presente artículo, que dificulta una actualización completa del material presentado), se sugiere al lector referirse al siguiente vínculo: Humberto Cantú Rivera, "El desarrollo de un Plan de Acción Nacional sobre derechos humanos y empresas en México: Primeros pasos", *Blog de la Fundación para*

para que el Estado mexicano, a través de una política pública inclusiva y eficaz, determine acciones a adoptar para desarrollar un plan nacional de políticas públicas en la materia, que permita concientizar y desarrollar una cultura empresarial de derechos humanos. De la misma forma, el papel que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones estatales¹²⁷ desempeñen será determinante para lograr avances significativos en esta cuestión, al tener una estructura amplia y con capacidad de diálogo e interlocución tanto con el Estado, las empresas, la sociedad civil y la academia.

A pesar de las acciones del Estado mexicano en el escenario internacional, la falta de coherencia y coordinación en las políticas públicas ha sido un importante obstáculo para la adopción de una estrategia de derechos humanos en el ámbito empresarial en el país. Como resultado, el conocimiento de los Principios Rectores resulta insuficiente, tanto para los funcionarios gubernamentales de distintos niveles, ramas y órganos, como para las empresas y la sociedad civil, afectando negativamente la posibilidad de adoptar acciones efectivas en la materia. Las expectativas sobre este tema de política pública son altas, particularmente si se toman en cuenta las reformas energética y de telecomunicaciones, como ya se mencionó anteriormente. La entrada de más empresas transnacionales al mercado mexicano, de forma adicional al importante poder y nivel de influencia de muchas empresas nacionales, invitan a una reflexión sobre las medidas necesarias para asegurar la existencia de un marco regulatorio y legislativo efectivos y basados en un enfoque de derechos humanos, así como a la adopción de una estrategia nacional de empresas y derechos humanos.

2. *Jurisprudencia relevante sobre empresas y derechos humanos en México*

Si bien la política pública de México no ha tomado las medidas necesarias para garantizar la difusión e implementación de los Principios Rectores en el país, se puede considerar que el trabajo del Poder Judicial ha sido relativamente inno-

el Debido Proceso (8 de marzo de 2016), disponible en línea <https://dplfblog.com./2016/03/08/el-desarrollo-de-un-plan-de-accion-nacional-sobre-derechos-humanos-y-empresas-en-mexico-primeros-pasos/>

¹²⁷ Una interesante recomendación emitida por la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León, que incluso fue reconocida por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre el tema como un ejemplo de buena práctica en el marco del papel desempeñado por las INDH, fue la recomendación del caso *Casino Royale*. Por razones de espacio, dicha recomendación no será comentada en este artículo; para mayor profundización, véanse Humberto Cantú Rivera, "Transitional Justice, Human Rights and the Restoration of Credibility: Reconstructing Mexico's Social Fabric", *Mexican Law Review*, Vol. 7(1), 2014; Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León, "Casino Royale", *Recomendación 103/2012* (31 de diciembre de 2012). Véanse igualmente las distintas actividades que la CEDH ha desarrollado en esta temática, en la que destaca la instalación de una mesa de diálogo con Kia Motors México y el Gobierno de Nuevo León: Business & Human Rights Resource Centre, *México: Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León y Kia Motors acuerdan promover derechos laborales con base en estándares internacionales* (20 de octubre de 2015), disponible en <http://business-humanrights.org/es/méxico-comisión-estatal-de-derechos-humanos-de-nuevo-león-y-kia-motors-acuerdan-promover-derechos-laborales-con-base-en-estándares-internacionales> (visitado el 21 de febrero de 2016).

vador.¹²⁸ Dos casos recientes¹²⁹ que se ventilaron ante la Suprema Corte se referían a la obligación de diversos actores no estatales (en particular de empresas) de cumplir con las normas de derechos humanos aplicables.

En el primero de ellos, dos quejosos presentaron una demanda de amparo ante la decisión de un juzgado local en materia civil de absolver a una empresa de desarrollo inmobiliario respecto a la nulidad de un contrato de compraventa y del pago de una indemnización por no cumplir con los estándares correspondientes al derecho humano a la vivienda digna. En la demanda civil original y las diferentes instancias que le siguieron, el argumento principal en el caso fue que la empresa no respetó los requerimientos específicos del derecho humano a un nivel de vida adecuado, y en particular su dimensión relativa a la vivienda, establecidos en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la interpretación realizada por el Comité de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 4.¹³⁰ En virtud de ello, la acción de la desarrolladora habría dado lugar a una violación a los derechos humanos que a la postre anularía el contrato.

En su análisis del amparo directo en revisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la obligación de adoptar medidas adecuadas para cumplir con los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos se extienden al sector privado que participa en el desarrollo inmobiliario, y no es exclusivo de los órganos estatales.¹³¹ Aún más, la Suprema Corte basó su argumento respecto al cumplimiento de los derechos humanos por los actores no estatales en la “expectativa básica de la sociedad que estas personas [promotores y desarrolladores inmobiliarios] cumplirán con la normativa aplicable”.¹³² La Corte también hizo referencia a la obligación del Estado de proteger los derechos humanos, incluso de aquellas violaciones que resulten de la actividad de particulares o empresas, y de la responsabilidad de éstas de respetar los derechos humanos,¹³³ señalando asimismo que el cumplimiento de los derechos humanos no se encuentra sujeto a la voluntad de las partes por ser una *excepción de orden público*.¹³⁴ De esta forma, y a pesar de no haber citado o referido directamente los estándares desarrollados en el ámbito de las Naciones Unidas por John Ruggie en su calidad de Representante Especial sobre empresas y derechos humanos, la Suprema Corte reconoció que tales expectativas sociales

¹²⁸ El análisis de expedientes judiciales en este artículo se limita a aquellos en que participan empresas de capital privado en áreas que no corresponden a los servicios públicos que debe garantizar el Estado; sin embargo, también han existido avances en los casos en que actores privados realizan funciones gubernamentales, por ejemplo en el sector educativo frente a los derechos del niño. Sobre el particular, véase Osvaldo Robles, “Falla Tribunal por *bullying*: ordena castigar a colegio”, *El Norte* (30 de enero de 2015). Véase igualmente Humberto Cantú Rivera, “The Mexican Judiciary’s Understanding of the Corporate Responsibility to Respect Human Rights”, *Business & Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, pp. 133-138.

¹²⁹ Diversos otros casos se encuentran en proceso ante tribunales estatales y federales, particularmente respecto a las actividades de empresas mineras; sin embargo, pocas decisiones judiciales han sido emitidas.

¹³⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General no. 4: el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1992/23 (1 de enero de 1992).

¹³¹ Sentencia, *Amparo directo en revisión No. 3516/2013* (Primera Sala de la Suprema Corte, 22 de enero de 2014), pp. 49-50.

¹³² *Ibid.*, p. 53.

¹³³ *Ibid.*, p. 37.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 55.

básicas respecto a la conducta empresarial les impondrían la obligación de respetar la normatividad aplicable y los derechos humanos.¹³⁵

Un desarrollo importante para el marco jurídico mexicano fue alcanzado en el 2013, cuando la nueva Ley de Amparo entró en vigor. Conforme a la ley, un particular se considerará como “autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general”.¹³⁶ Por lo tanto, la Ley de Amparo estableció que cualquier persona moral que desarrolle funciones reguladas por una ley general y que a través de sus actos u omisiones afecte los derechos de terceros, podrá ser considerada una autoridad responsable, y por tanto ser sujeta de demandas de amparo para detener o evitar un daño irreparable a los derechos humanos que pueda resultar de sus acciones.

En relación a lo anterior, un segundo caso que se ventiló ante la Suprema Corte fue un recurso de queja derivado de una demanda de amparo en la que la comunidad indígena Hñähñu acusó a Telmex y a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes por la alegada violación de sus derechos a la libertad de expresión, acceso a la información, igualdad ante la ley y el derecho al trabajo,¹³⁷ conforme a los estándares establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional. Los quejosos en el amparo indicaron que la empresa no había garantizado el servicio telefónico y de internet de forma continua y permanente, mientras que la Secretaría había sido omisa en proteger y garantizar el cumplimiento y respeto de sus derechos humanos con motivo de una falta de supervisión diligente sobre la provisión del servicio de telecomunicación, concesionado a la empresa privada.

La Suprema Corte tomó nota de los alegatos de los quejosos en donde señalaban que la empresa estaba a cargo de una parte dominante del servicio público de telecomunicaciones (considerado como un sector estratégico por la Constitución, y que puede concesionarse a las empresas privadas), y que por tanto la empresa no podría interrumpir de forma abrupta la provisión del servicio (ya que dicha acción afectaría el derecho a un estándar de vida adecuado), salvo que una excepción constitucional lo permitiera de forma explícita. Incluso, la Suprema Corte fundó su decisión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en relación al papel que las telecomunicaciones juegan en una democracia para el ejercicio de los derechos a la libertad de opinión y expresión.

A través del recurso de queja presentado ante la Suprema Corte, Telmex combatía la decisión del Juzgado de Distrito de permitir el trámite de la demanda, así como de considerarla como autoridad responsable. Sin embargo, la Su-

¹³⁵ Curiosamente, esta posición ha sido criticada por diversos especialistas en la materia, quienes consideran que las expectativas sociales no son una base suficiente para la legalización de un estándar de derechos humanos aplicable a las empresas; véase, por ejemplo, Surya Deva y David Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Este caso, a pesar de ser un ejemplo aislado, refleja como las expectativas y normas sociales pueden dar, por el contrario, origen a normas jurídicas.

¹³⁶ *Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 5o., fracción II.

¹³⁷ Sentencia, *Recurso de Queja No. 23/2014* (Segunda Sala de la Suprema Corte, 26 de marzo de 2014).

prema Corte desechó la queja argumentando que sería necesario analizar los hechos y pruebas presentados por las partes en el juicio, a fin de analizar si las acciones y omisiones atribuidas a Telmex constituyen un “acto de autoridad” capaz de infringir los derechos de la comunidad indígena.¹³⁸ En primera instancia,¹³⁹ el Juzgado de Distrito determinó que la empresa había suspendido la provisión del servicio de telefonía e internet de forma unilateral a algunos de los quejosos (lo cual se traduciría en una violación a sus derechos humanos, y por consecuencia en una obligación de reparar los daños sufridos por la comunidad indígena), así como que el Estado había omitido proteger los derechos de los Hñähñü al no supervisar apropiadamente las actividades de la empresa.¹⁴⁰ Sin embargo, como resultado de la reanudación del servicio por la empresa durante el procedimiento judicial, el Juzgado de Distrito sobreseyó la demanda de garantías.

Es de singular importancia que el Juzgado de Distrito haya decidido no analizar si Telmex podría ser considerado como una “autoridad responsable” en el caso concreto,¹⁴¹ particularmente considerando que el recurso de revisión presentado por la comunidad indígena y por una de las autoridades gubernamentales contra la sentencia dictada en primera instancia se refiere precisamente a ese aspecto. El Tribunal Colegiado ante el cual recayó el recurso, sin embargo, solicitó a la Suprema Corte que nuevamente ejerciera su facultad de atracción, a fin de determinar i) el alcance del artículo 5-II de la Ley de Amparo (que establece que un particular puede ser considerado como autoridad responsable), ii) el criterio aplicable para determinar si una demanda de amparo procede contra actos de particulares que afecten derechos, y iii) la factibilidad de que los particulares que prestan un servicio público vulneren derechos humanos de personas a quienes se presta un servicio, y en consecuencia, si dichos actos son reclamables por la vía del amparo.¹⁴² El presente caso se encuentra aún *sub judice*, al haber sido atraído por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;¹⁴³ se espera, sin embargo, que la Corte sostenga su posición respecto a la obligación de las empresas de no infringir en los derechos humanos de terceros, y de precisar los efectos específicos de la Ley de Amparo respecto de los actos de particulares equiparables a actos de autoridad que vulneren derechos humanos.

Para resumir, dos desarrollos interesantes se desprenden de estos casos, tanto de naturaleza horizontal como vertical: primeramente, las empresas tienen una responsabilidad jurídica de respetar los derechos humanos dentro de sus acuerdos comerciales, no sólo en razón de la existencia de una expectativa básica de la sociedad, sino como una cuestión de orden público. Ello implica que

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 16-17.

¹³⁹ Sentencia, *Juicio de Amparo No. 68/2014* (Segundo Juzgado de Distrito en materia administrativa especializado en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, 15 de diciembre de 2014), pp. 46, 50.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 40-41.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 56.

¹⁴² Sentencia, *Amparo en Revisión No. 19/2015* (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en materia administrativa especializado en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, 2 de julio de 2015), pp. 16-17.

¹⁴³ Auto, *Solicitud de ejercicio de la facultad de atracción No. 316/2015* (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de octubre de 2015).

los derechos humanos deben ser observados en todo contrato que se concluya entre particulares, independientemente de la naturaleza horizontal de la relación comercial. En segundo lugar, cuando una empresa genere impactos en los derechos humanos a través de sus acciones u omisiones, independientemente de su naturaleza privada, esta podrá ser considerada responsable por las violaciones de derechos humanos que ocurrieren, en conjunto con el órgano del Estado a cargo de velar y garantizar la protección de los derechos humanos.

3. Sigüientes pasos en la construcción de una estrategia nacional sobre responsabilidad empresarial y derechos humanos en México

Si bien el desarrollo de una política pública sobre empresas y derechos humanos en México es apenas incipiente, los casos resueltos por la Suprema Corte son interesantes ejemplos de la aplicación progresiva de estándares de derechos humanos a las empresas. El desarrollo de jurisprudencia relativa a la efectividad horizontal de los derechos humanos en lo concerniente a las actividades empresariales, así como el establecimiento de una excepción de orden público basada en la universalidad de los derechos humanos, contribuyen a la solidificación de estándares que son intrínsecamente compatibles con el espíritu de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos.

A pesar de lo anterior, es importante y necesario que el Estado mexicano desarrolle una agenda sobre el tema a la brevedad. Las distintas reformas constitucionales y legales que se han adoptado o que se encuentran en la actualidad siendo discutidas (tales como la privatización del agua, la reforma al sector energético o la apertura del sector de las telecomunicaciones) podrían representar amenazas directas para la protección de los derechos humanos, particularmente si el gobierno no tiene una perspectiva clara sobre sus obligaciones en la materia y sobre las herramientas disponibles para garantizar el respeto de los derechos humanos por actores no estatales. El contar con un plan de acción nacional no necesariamente resolverá todas las problemáticas existentes en este complejo ámbito,¹⁴⁴ pero podría al menos constituir una base a partir de la cual el Estado pueda actuar para cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos, y para asegurar que las empresas asuman las responsabilidades correspondientes. En ese sentido, el desarrollo de una estrategia nacional sobre empresas y derechos humanos en México deberá contar con ciertos elementos para garantizar que su enfoque sea amplio, pero efectivo.

En primer lugar, un elemento fundamental para el desarrollo de una política pública en la materia es la participación de los tres actores principales en esta discusión, y de un cuarto actor que puede contribuir de forma importante al proceso: en ese sentido, la discusión a nivel nacional de un plan sobre empresas y derechos humanos necesariamente debe incluir la participación del Gobierno (como sujeto internacional responsable), de las empresas (como actor responsable tanto en el marco interno como transnacional), y de la sociedad civil (como elemento de contrapeso y reflexión a las actividades de los otros dos participan-

¹⁴⁴ Cfr. John Gerard. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W. W. Norton, 2013, p. 169, quien reconoce el reto que constituye lograr que los Estados acepten y cumplan con su obligación de proteger los derechos humanos.

tes, y en representación de las víctimas).¹⁴⁵ Además, las instituciones nacionales de derechos humanos (en el caso de México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones locales) pueden desempeñar un papel crucial en el tema, tanto por su estructura geográficamente expandida como por su conocimiento y práctica en el ámbito de los derechos humanos.¹⁴⁶ Los organismos públicos de derechos humanos pueden (y deben) participar directamente como interlocutores en las discusiones sobre el desarrollo de una estrategia en la materia, y constituirse como un punto focal que sirva de guía, soporte y supervisión tanto en el período de discusiones como de forma posterior al comienzo de implementación de la estrategia.¹⁴⁷

Un segundo elemento que será de marcada relevancia es el desarrollo de consultas públicas sobre el impacto de la actividad empresarial en el ámbito de los derechos humanos, para conocer de forma específica las principales problemáticas existentes.¹⁴⁸ Desde luego, una consulta a nivel nacional es necesaria para tener una visión relativamente clara sobre las áreas de oportunidad para el Estado, las empresas y la sociedad civil. Sin embargo, para obtener mayor nitidez respecto a las principales dificultades para la protección y salvaguarda de los derechos humanos, sería necesario realizar consultas regionales para identificar cuestiones prioritarias o específicas que no necesariamente tendrían visibilidad en el marco de una consulta nacional. En el mismo sentido, de especial trascendencia será que se analice el marco jurídico y de políticas públicas de forma general, por una parte, pero que a la vez se realice un análisis desde una perspectiva sectorial, es decir, enfocándose en los sectores productivos que prioritariamente puedan enfrentar dificultades para cumplir con la responsabilidad de respetar las prerrogativas humanas.¹⁴⁹ El tener claridad sobre los desafíos y áreas de oportunidad en los contextos general y sectorial permitirán al Estado definir de forma específica las líneas de acción necesarias que deben ser incluidas en la política pública en la materia, a la vez que las perspectivas nacional y regional le permitirán atender de forma apropiada las prioridades correspondientes a las diferentes zonas del país.

Un tercer elemento al que deberá prestarse una especial atención es el acceso a recursos jurídicos y no jurídicos a nivel nacional para las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidos por empresas.¹⁵⁰ En relación a los recursos jurídicos,¹⁵¹ deberá analizarse en las discusiones el marco jurídico existente tanto a nivel local como federal, de forma que puedan identificarse las

¹⁴⁵ 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), § 14.

¹⁴⁶ *Ibid.*, §18.

¹⁴⁷ Meg Brodie, "Pushing the Boundaries: The Role of National Human Rights Institutions in Operationalising the 'Protect, Respect and Remedy' Framework", en Radu Mares (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.

¹⁴⁸ 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), §§ 20-24.

¹⁴⁹ Dicho análisis permitirá al Estado tener claridad sobre los desafíos para que las empresas cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, así como las limitaciones y áreas de oportunidad propias al Estado y a su deber y capacidad de regulación.

¹⁵⁰ 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), §§ 68-72.

¹⁵¹ Sobre este punto, véase Gwynne Skinner, Robert McCorquodale y Olivier De Schutter, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR/CORE/ECCJ, 2013.

principales problemáticas (tanto a nivel sustantivo como procesal) que pueden limitar la responsabilidad jurídica de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. Sin duda, la inclusión de consideraciones generales sobre el respeto de los derechos humanos por las sociedades mercantiles que operen en el país en la legislación pertinente será de singular importancia para avanzar en este tema,¹⁵² lo cual, en sincronía con la jurisprudencia de la Suprema Corte, servirá para reforzar el marco jurídico aplicable.

Desde otra perspectiva, los recursos no jurídicos tendrán un papel sumamente relevante en este contexto.¹⁵³ Por una parte, la difusión y conocimiento del Punto de Contacto Nacional de las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE es una tarea pendiente que, de ser abordada de forma apropiada, podría convertirse en una herramienta sumamente útil para dirimir controversias entre empresas y terceros respecto a varios temas, incluyendo la protección de los derechos humanos. Por otra parte, la utilización del sistema nacional de protección de los derechos humanos, a través de la CNDH y las comisiones estatales, podría representar otra alternativa viable para la conciliación y/o mediación de conflictos entre empresas y otras partes, o bien, a través de la emisión de recomendaciones públicas. Además de este papel en la resolución de conflictos, las comisiones de derechos humanos deberán desempeñar una de las tareas más importantes en este contexto: la difusión de los Principios Rectores como el estándar global por excelencia en materia de conducta empresarial responsable, y la capacitación de los distintos sectores de la sociedad (empresas, Gobierno y sociedad civil) respecto a sus correspondientes responsabilidades en el marco de los derechos humanos.

La adopción de una estrategia o política pública nacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos es una necesidad innegable e inevitable para México. La construcción de dicha estrategia requerirá de la participación colectiva de los distintos actores y sectores de la sociedad mexicana, a fin de que sea un proceso inclusivo, abierto y democrático, que coadyuve a que la estrategia resultante englobe y atienda las necesidades, obligaciones y consensos de los diferentes grupos involucrados en garantizar el respeto de los derechos humanos en el marco de las actividades empresariales.

V. A manera de conclusión

La discusión actual sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos es uno de los temas primordiales en la agenda pública internacional en el inicio del siglo XXI. Es, de la misma manera, uno de los temas más complejos en el campo del derecho internacional de los derechos humanos,

¹⁵² John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W. W. Norton, 2013, p. 133, quien señala que de las diferentes encuestas realizadas durante su mandato no se desprende que ninguna jurisdicción requiere que las empresas reconozcan un deber social al momento de su constitución, incluyendo el respeto a los derechos humanos.

¹⁵³ Sobre este punto, véase Nicola Jägers, "Will transnational private regulation close the governance gap?", en Surya Deva y David Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Justine Nolan, Michael Posner y Sarah Labowitz, "Beyond *Kiobel*: Alternative Remedies for Sustained Human Rights Protection", *American Journal of International Law Unbound*, p. e-50.

en virtud de involucrar las actividades de actores no estatales en un ámbito que, desde su concepción, ha girado en torno a la responsabilidad del Estado. Debido a lo anterior, encontrar una respuesta efectiva al reto que (en ocasiones) impone la actividad de las empresas en el cumplimiento de los derechos humanos es una tarea que requiere de pasos precisos y de la adopción de herramientas estratégicamente definidas, de forma que su regulación ataque las causas donde se origina el problema. Los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos han contribuido a acotar el problema e identificar áreas de oportunidad y de acción en este campo; sin embargo, son sólo uno de los primeros pasos en el proyecto sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos.

El debate internacional que rodea a esta cuestión (y en particular el proyecto del tratado) debe adoptar una postura realista, y aceptar que cualquier estrategia que busque ser efectiva deberá estar centrada en garantizar que el Estado cumpla cabalmente con sus obligaciones internacionales. A final de cuentas, las empresas no operan en un espacio imaginario, sino en jurisdicciones y regiones geográficas reales, usualmente sujetas al poder (mayor o menormente efectivo) y soberanía del Estado. En ese sentido, la adopción de un instrumento internacional sobre empresas y derechos humanos debe venir a reforzar el trabajo que debe realizarse a nivel doméstico, y no pretender que un tratado podrá suplir las deficiencias regulatorias que subsisten en los Estados. Así, de mucha utilidad será determinar el nivel de responsabilidad que recae en los Estados (de origen y receptor) respecto a la regulación de las empresas, y desde luego, establecer que las empresas tienen (por lo menos) la responsabilidad jurídica de respetar los derechos humanos bajo el derecho internacional. Sólo a través de pasos concretos y que tiendan a llenar las lagunas existentes en el marco jurídico internacional se podrá avanzar en la regulación efectiva de esta categoría de actores no estatales.

Desde luego, para lograr cumplir con tal objetivo a nivel estatal será necesario contar con una estrategia nacional para atacar las áreas donde existan debilidades institucionales o regulatorias. Una estrategia incluyente y amplia que cubra las necesidades de cada país y se enfoque en la regulación efectiva de las empresas, así como en el cumplimiento de las obligaciones gubernamentales, y que invite a la participación de otros actores, como las ONG o instituciones nacionales de derechos humanos, será la vía más apropiada para adoptar una política pública integral sobre la responsabilidad empresarial. En el caso de México, dicha tarea no sólo es necesaria, sino urgente. Priorizar el cumplimiento y garantía de los derechos humanos, incluso ante el desarrollo económico, debe ser una tarea a la que las distintas instituciones públicas en México deben contribuir. Por supuesto, el respeto a los derechos humanos y la actividad empresarial no son posturas antagónicas: por el contrario, tienen un importante potencial de ser mutuamente influyentes. En ese sentido, un enfoque de regulación que contribuya al desarrollo de una cultura empresarial de derechos humanos permitirá a las empresas realizar su labor económica y social, sin perjudicar el desarrollo humano y sus prerrogativas básicas.