

Humberto Cantú Rivera



INVESTIGADOR ASOCIADO DE LA UNIVERSIDAD PANTHÉON-ASSAS DE PARÍS

Megaproyectos y debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos

I. Introducción

En abril 7 de 2016 tuve la oportunidad de participar como panelista en la mesa temática sobre “Megaproyectos, industrias extractivas y derechos humanos”, en el marco del Foro internacional sobre derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales y el desarrollo sostenible, que organizaron conjuntamente la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Chihuahua y el Instituto Danés de Derechos Humanos. Mi participación, titulada “Megaproyectos y debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos”, buscó presentar un análisis detallado sobre las oportunidades de incluir el enfoque de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos en los megaproyectos, independientemente de su pertenencia a las industrias extractivas o a otros giros empresariales.

El presente capítulo busca, en ese tenor, reproducir las principales líneas que expuse en dicha intervención. Debe tomarse en consideración que este documento no tiene un perfil particularmente académico o de investigación; simplemente, constituye una reproducción de las ideas expresadas durante la conferencia, misma que puede ser consultada de forma íntegra en las redes sociales de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Chihuahua.¹ Bajo esa advertencia, y solicitando al lector su indulgencia por las (muy) pocas referencias bibliográficas que encontrará en este capítulo, pasamos a presentar una base preliminar, a manera de introducción, sobre las ideas que se expresarán más adelante en este texto. Antes de ello, sin embargo, es necesario dar un breve contexto general sobre el desarrollo internacional de esta cuestión.²

En marzo de 2011, el Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, el profesor John Ruggie de la Universidad de Harvard, presentó ante el Consejo de Derechos Humanos la culminación de un proyecto de seis años, en el que buscó identificar las responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos. Su trabajo entre 2005 y 2011 arrojó como resultado los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*³ (en adelante los Principios Rectores), en el que se proponen tres pilares para atender lo que Ruggie llamó los “huecos de la gobernanza” (*governance gaps*, en inglés) provocados por la globalización económica y la operación transnacional de las empresas: en primer lugar y como obligación jurídica bajo el derecho internacional, reconoció el deber del Estado de pro-

¹ La grabación integral de la mesa puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=q-j1K2T3zRmQ>

² Para un contexto más amplio sobre el desarrollo de esta temática, se refiere al lector al siguiente artículo: Humberto Cantú Rivera, “Derechos humanos y empresas: hacia una conducta empresarial responsable”, *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*. México, año 11, núm. 26, enero-abril de 2016.

³ Representante Especial del Secretario General para 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).

teger los derechos humanos, incluso frente a las actividades de actores no estatales, como las empresas. Este deber, contemplado en todos los instrumentos internacionales y regionales en materia de derechos humanos, impone al Estado una obligación de medios⁴ (es decir, de *debida diligencia*), por la que éstos tienen el deber de utilizar todos los recursos a su disposición para intentar prevenir una violación a los derechos humanos, incluyendo medidas legislativas, de política pública o judiciales. Dicha obligación ha sido confirmada por la jurisprudencia internacional en reiteradas ocasiones, y en el ámbito interamericano, desde la sentencia *Velásquez Rodríguez*,⁵ la primera de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El segundo pilar de los Principios Rectores se destina a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, tanto en sus operaciones como en sus cadenas de suministro y relaciones comerciales. Esta cuestión había sido tratada con antelación en dos proyectos anteriores en las Naciones Unidas; sin entrar a detalle,⁶ podemos simplemente comentar que Ruggie supo capitalizar la idea implícita que existía en relación a la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, a través de un esquema participativo que permitió a las empresas colaborar directamente con el mandato y tener conocimiento de primera mano sobre el enfoque que el Representante Especial adoptaba al respecto. En sí, para que las empresas respeten los derechos humanos en el marco de sus operaciones y relaciones de negocios, deben tomar ciertas medidas a nivel interno que les permitan identificar los riesgos y actuar en torno a ellos para prevenirlos o mitigarlos. Esta cuestión será analizada a detalle en una de las próximas secciones; por lo pronto, conviene tener en cuenta que el enfoque utilizado por el Representante Es-

⁴ Constantin P. Economides, “Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result”, en James Crawford, Alain Pellet y Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*. Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 371-382.

⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

⁶ H. Cantú Rivera, “Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del *status quo*?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México, vol. XIII, 2013.

pecial fue recibido de forma positiva por las empresas y los Estados, y al ser el principal punto de discusión y antagonismo en esta temática en los proyectos anteriores, permitió consolidar una posición ampliamente aceptada.

Finalmente, los Principios Rectores hacen énfasis en la necesidad de las víctimas de contar con mecanismos, judiciales⁷ y extrajudiciales, que les permitan obtener una reparación del daño. De forma general, el tercer pilar reconoce que ha existido un enfoque particular sobre los procedimientos judiciales (en especial en cuanto a los procedimientos⁸ en Estados Unidos de América). Sin embargo, los mecanismos empresariales y aquellos de origen no judicial, como la mediación o los procedimientos ante Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (en adelante INDH), pueden ser ejes viables que permitan a las víctimas acceder a una remediación o reparación del daño con un enfoque de menor confrontación. Ante tal situación, Ruggie señaló la conveniencia de explorarlos en el marco de la temática de las empresas y los derechos humanos.

Estos tres pilares, que reagrupan 31 principios, tuvieron la virtud de ser respaldados unánimemente por los 47 Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos en junio de 2011, por lo que se convirtieron en una plataforma autoritativa sobre la que diversos desarrollos pudieran construirse. A pesar de no ser directamente vinculantes, han generado efectos jurídicos y prácticos, al ser incluidos en proyectos de política pública tanto regional como nacional, e incluso al haber ingresado a ciertos ámbitos jurisdiccionales, como es el caso del espacio jurídico interamericano en materia de derechos humanos,⁹ lo cual les aporta una cierta esencia de obligatoriedad.

⁷ 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.

⁸ Para un ejemplo reciente ampliamente conocido, véase H. Cantú Rivera, “The *Kiobel* Precedent and its Effects on Universal Jurisdiction and the Business & Human Rights Agenda”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México, núm. 30, enero-junio de 2014.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párs. 222-226.

Como su propio autor lo señaló, su adopción y respaldo por el Consejo de Derechos Humanos marcó “el fin del principio”, al convertirse en el primer proyecto exitoso en el seno de las Naciones Unidas sobre responsabilidad empresarial. Diversos otros organismos internacionales, tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos,¹⁰ la Organización Internacional del Trabajo, o la Organización Internacional para la Normalización, además de algunas instituciones regionales,¹¹ como el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea o la Organización de los Estados Americanos, han apoyado los Principios Rectores y los han incluido en el marco de sus respectivas atribuciones, por lo que se puede considerar que su impacto ha sido suficientemente amplio para pensar en la aparición o consolidación de un *ecosistema internacional sobre responsabilidad corporativa*.

Los Principios Rectores son aplicables a todas las empresas, independientemente de su tamaño o giro; al constituir una herramienta práctica para identificar, medir, prevenir y remediar riesgos a los derechos humanos, pueden ser utilizados en todo tipo de proyectos, incluyendo los llamados megaproyectos. Justamente ese será el enfoque de estas breves reflexiones. Los megaproyectos pueden beneficiarse ampliamente de las medidas de debida diligencia en derechos humanos, particularmente si éstas se desarrollan de forma extraterritorial: es decir, si independientemente de dónde se configure el proyecto y dónde se desarrolle, las empresas que participen cumplan con la observancia de medidas y prácticas en materia de derechos humanos tanto en su país de origen como en las operaciones en el exterior. Para ello, de mucha conveniencia será incluir este tipo de medidas en las políticas públicas que se adopten en materia de responsabilidad empresarial, incluyendo en los Planes de Acción Nacional sobre derechos humanos y empresas, así como garantizar

¹⁰ H. 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*, México, vol. XV, 2015.

¹¹ Sobre esta cuestión, véase H. Cantú Rivera, “Regional Approaches in the Business & Human Rights Field”, *L’Observateur des Nations-Unies*. Aix en Provence, vol. 35, 2013.

que las INDH trabajen activamente esta temática en todos los aspectos de su misión: promoción, difusión y tratamiento de casos.

Así pues, el presente capítulo gira sobre cinco ejes: los megaproyectos como espacios donde pueden ser utilizadas las políticas desarrolladas a nivel internacional en materia de derechos humanos y empresas; la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos como estándar universal de medición y actuación; el papel que sobre este tema tiene la adopción de medidas con enfoque extraterritorial, particularmente desde un enfoque regulatorio; las políticas públicas que se adopten en la materia como eje para guiar la actividad de la administración pública, y finalmente, el papel que las INDH deben tener para contribuir de forma efectiva a la promoción y respeto de los derechos humanos en el marco de las actividades empresariales.

II. Megaproyectos: la aplicabilidad del concepto más allá de las industrias extractivas

África, Asia y América Latina son regiones en donde continuamente se desarrollan megaproyectos en distintas industrias. La importante disponibilidad de recursos naturales hacen de estos territorios importantes enclaves de materia prima de diferentes tipos, elementos indispensables para la producción a gran escala de numerosos artículos necesarios para la vida diaria. En el contexto latinoamericano, por ejemplo, la minería, la exploración para la obtención de gas y petróleo, así como la tala de árboles, son algunas de las actividades que históricamente han sido desarrolladas para la obtención de dichos recursos. En sí, al menos en lo que concierne al continente americano, usualmente asociamos los megaproyectos con las industrias extractivas.

Ante ello, cabe formularse dos preguntas: ¿qué son los megaproyectos?, ¿son exclusivos de las industrias extractivas, o puede ampliarse el concepto para incluir otro tipo de desarrollos?

En lo que respecta a la primera pregunta, no existe una definición ampliamente aceptada de lo que constituye un *megaproyecto*; podemos sugerir, sin embargo, que se trata de proyectos a gran escala, que involucran una detallada planeación y ejecución a mediano plazo para la consecución de su objetivo principal, y que por ello involucran una gran cantidad de recursos económicos y humanos. Recientemente ha surgido también el término de *mega-eventos*, que se refiere a aquellos proyectos que se desarrollan en el marco de un evento a gran escala, usualmente en el ámbito deportivo o de espectáculos. Veamos algunos ejemplos: los proyectos mineros que se desarrollan en estados de México como Durango o Zacatecas, con una gran inversión de recursos por parte de las empresas con actividades transnacionales que las operan, usualmente son calificados de tal manera; lo mismo ocurre con la exploración petrolera que se realiza en México o en otros países latinoamericanos, como Ecuador o Brasil, o aquellos proyectos de desarrollo de centrales hidroeléctricas o de creación de presas. Sucede igualmente con los proyectos de infraestructura, que según su escala pueden ser calificados de megaproyectos. En el segundo caso, podemos incluir la realización de los Juegos Olímpicos de Brasil en 2016, o los Mundiales de fútbol en Rusia y Qatar en 2018 y 2022, respectivamente.

Una característica común de este tipo de actividades es, como ya mencionamos, su gran escala, lo que resta relevancia a la diferenciación que hay entre ellos en cuanto a su giro. En realidad, se puede considerar como megaproyecto a cualquiera que cumpla con dichas condiciones, independientemente de si se trata de la construcción de carreteras, la extracción de petróleo o gas, la minería o la construcción de presas o aeropuertos, o incluso de la realización de eventos de gran tamaño. Sin embargo, otra característica que reviste una gran importancia es la capacidad de estas actividades de generar importantes impactos en los derechos humanos.

La asociación del concepto de megaproyectos a las industrias extractivas puede llevar a asumir que los derechos humanos principalmente afectados por tales actividades son los relativos al agua, a la tierra o al medio ambiente, e in-

cluso a la identidad cultural, particularmente cuando se da en un contexto en que el territorio donde se realiza está habitado por pueblos indígenas. Sin embargo, la realidad es que tales operaciones pueden tener impactos en diversos derechos, como el derecho a la alimentación, a la vivienda, a la salud, e incluso a algunos otros como la educación o el trabajo. El hecho de que los derechos humanos sean interdependientes e indivisibles facilita que una violación como resultado de actividades empresariales pueda ser de carácter múltiple, y no necesariamente simultánea, sino que pueda irse desarrollando de forma consecutiva.

De la misma manera, el hecho de que se asocie usualmente estos proyectos con las industrias extractivas da la impresión que el impacto es casi de forma exclusiva sobre los derechos económicos, sociales y culturales, aunque en realidad puede haber una violación conexas de derechos civiles y políticos. Así se ha podido constatar en numerosos casos en que se han puesto en riesgo los derechos de asociación y reunión (particularmente de personas que se manifiestan de forma pacífica contra proyectos de desarrollo), de libertad de expresión, de acceso a la información (que en principio debe ser pública y accesible para cualquier persona que pueda ser afectada por tal o cual proyecto), y en algunos de los casos más graves, de integridad personal (sobre todo cuando intervienen fuerzas de seguridad, pública o privada, para el desalojo de manifestantes). Es sobre todo en este último caso que pueda haber un vínculo estrecho entre la violación a un derecho económico o social y uno civil, que lamentablemente en algunas situaciones ha implicado igualmente violaciones al derecho a la vida, ya sea como resultado de afectaciones a la salud, o bien, de ejecuciones extrajudiciales.¹² Este tipo de situaciones ocurre con cierta frecuencia en contra de defensores de derechos humanos, cuya integridad y derechos pueden verse en riesgo ante la participación de empresas

¹² Pensemos, por ejemplo, en el caso de Ken Saro-Wiwa en Nigeria, quien fue ejecutado como resultado de su activismo pacífico y oposición a las operaciones de Shell en el delta del Río Níger.

y autoridades en situaciones que serían contrarias al derecho internacional, interamericano y constitucional en materia de derechos humanos.¹³

Es posible observar, así, una estrecha cadena de afectaciones que pueden originarse precisamente durante el desarrollo de megaproyectos, lo que llama a establecer directrices y obligaciones claras sobre la necesidad de respetar los derechos humanos en el desarrollo de las actividades empresariales. De particular relevancia es, sin embargo, que las empresas tengan un conocimiento claro sobre sus responsabilidades en la materia, y sobre todo de cómo hacerles frente. Ante ello, una importante herramienta la constituye la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, aspecto que abordamos en la próxima sección.

III. La debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos

Una de las principales herramientas identificadas por John Ruggie durante su mandato para que las empresas puedan identificar, medir, prevenir o mitigar los riesgos que sus operaciones suponen para los derechos humanos fue la debida diligencia. Al ser un término familiar para las empresas en su práctica común, la ventaja fue que podía finalmente entablar un diálogo directo y sencillo con ellas para que supieran qué hacer para respetar los derechos humanos en el marco de sus operaciones. Desde luego, la sensibilidad y conocimiento de cómo aplicar o respetar los derechos humanos en sus actividades continúa siendo el principal problema para la mayoría de las empresas, pero por lo menos la aportación del Representante Especial fue la de esclarecer

¹³ Basta con dar un vistazo al constante flujo de información al respecto para identificar el gran riesgo al que se enfrentan los defensores de derechos humanos cuando se oponen a proyectos de desarrollo liderados por empresas con operaciones transnacionales: Business & Human Rights Resource Centre, *Human Rights Defenders*, disponible en <https://business-humanrights.org/en/human-rights-defenders>.

una metodología relativamente sencilla y práctica para poder hacer frente a los posibles impactos que resulten de sus operaciones.

La debida diligencia, sin embargo, no aparece con los Principios Rectores. Desde 2007, el Representante Especial ya había examinado uno de sus componentes –la evaluación de impacto en derechos humanos– como una herramienta metodológica fundamental para las empresas.¹⁴ Aun así, no fue Ruggie quien la identificó de forma inicial, sino un proyecto anterior, de la Subcomisión para la promoción y protección de los derechos humanos, que desde el año 2001 había señalado que las empresas debían identificar y evaluar los riesgos que sus operaciones generan para terceros.¹⁵ Ante el fracaso de dicho proyecto de la Subcomisión, la aportación de Ruggie se consolidó como el verdadero punto de arranque de esta práctica, aún más tomando en consideración que presentó un examen detallado de cómo desarrollar la debida diligencia y las evaluaciones de impacto en derechos humanos por las empresas.

Por lo pronto, conviene subrayar lo que se entiende en el marco de los derechos humanos y las empresas por *debida diligencia empresarial*: conforme con el propio Representante Especial, la debida diligencia constituye un proceso por el que las empresas no sólo se aseguran de cumplir con las normas nacionales, sino también de manejar los riesgos de daño a los derechos humanos, con el objetivo de evitarlos. Son, en esencia, las medidas que una empresa debe tomar para identificar, prevenir y tratar los impactos a los derechos humanos que puedan resultar de sus operaciones o relaciones comerciales.¹⁶ No

¹⁴ 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).

¹⁵ Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Draft Universal Human Rights Guidelines for Companies*, E/CN.4/Sub.2/2001/WG.2/WP.1/Add.1 (21 de mayo de 2001), pars. 17-20; no existe versión en español del presente documento.

¹⁶ 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), pars. 25, 56.

entraremos a revisar a detalle cada uno de los pasos metodológicos para desarrollar la debida diligencia; por el contrario, nos enfocaremos en los siguientes párrafos a revisar algunas de sus virtudes y retos como herramienta para desarrollar una práctica corporativa de respeto a los derechos humanos.

Dado el carácter no vinculante de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, el concepto de debida diligencia empresarial y todos sus componentes metodológicos sufren de una falta de obligatoriedad. Justamente por esa característica, no existe una práctica estandarizada aún en la materia, aunque ciertamente numerosos desarrollos y casos de aplicación práctica se han dado al respecto. Como un modelo voluntario, depende de la buena intención de las empresas para ser aplicado en la práctica; por ello, si se pretende que las empresas verdaderamente respeten los derechos humanos, es necesario hacer que esta “responsabilidad” se convierta en una “obligación” empresarial.¹⁷

Hay dos formas principales de hacer esto: a través de la adopción de legislación o regulación nacional al respecto (lo cual puede conllevar a diferentes modelos nacionales, y con ello, a una disparidad en cuanto a la práctica internacional), o bien, mediante el desarrollo de esta obligación por la vía convencional, es decir, por medio de un tratado. La segunda opción resulta más compleja, dados los distintos intereses nacionales y regionales y el largo proceso que constituye recorrer tal camino. Sin embargo, la primera opción tampoco resulta idónea, pues a la fecha, la mayoría de los países desarrollados no han establecido una obligación jurídica de derecho interno y siguen alentando la práctica voluntaria,¹⁸ y no han existido desarrollos en los países en vías de de-

¹⁷ Justine Nolan, “Refining the Rules of the Game: The Corporate Responsibility to Respect Human Rights”, *Utrecht Journal of International and European Law*. Utrecht, vol. 30, núm. 78, 2014, pp. 15-16.

¹⁸ A la fecha, Francia, Suiza y Alemania tienen proyectos de ley en sus ámbitos legislativos que buscan proponer dicho desarrollo; el caso francés es el que más desarrollo ha tenido, encontrándose al momento de escribir estas líneas en espera de ser dictaminada en segunda vuelta por el Senado. La Ley Dodd-Frank de los Estados Unidos prevén dicha obligación en cuanto a minerales provenientes del Congo, y una regulación europea ha sido planteada en el mismo sentido.

sarrollo (que usualmente reciben las inversiones). Tal complejidad, sin embargo, puede esquivarse si se busca una puerta adicional para introducir este concepto por lo menos en el ámbito judicial de los países: en el caso latinoamericano, esto puede darse a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta ruta, a través de la jurisprudencia interamericana, permitiría que los países tengan que ajustar sus procedimientos, judiciales y administrativos, a fin de no violar la interpretación hecha por la Corte al respecto. En realidad, como mencionamos anteriormente, esto ya sucedió. Al tomar nota de los Principios Rectores en el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam, la Corte introdujo este estándar no vinculante en su *corpus iuris*, lo cual de cierta forma ayuda a su “endurecimiento” o cristalización en el ámbito normativo interamericano. Será necesario que dicho criterio¹⁹ —u otros basados en los Principios Rectores— sean reiterados, para darle una verdadera fuerza jurisprudencial que pueda ser aplicable en los contextos nacionales.

Es justo en este punto donde notamos otra posible alternativa para reforzar el respeto a los derechos humanos por las empresas: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido a las evaluaciones de impacto en materia ambiental y social como estandartes en el contexto de la protección de los derechos de pueblos indígenas. Sin embargo, un área de oportunidad aparece para consolidar su jurisprudencia alrededor de los Principios Rectores, si eventualmente introduce la evaluación de impacto en derechos humanos como una obligación que debe realizarse en el marco de las operaciones empresariales, con el fin de identificar, prevenir y/o mitigar impactos negativos en los derechos humanos. Al tener un enfoque más amplio, centrado en estándares internacionales de derechos humanos y que permita identificar riesgos que las mediciones de impacto ambiental o social tal vez no detecten, po-

¹⁹ La Corte nota que las empresas deben respetar los derechos humanos en el marco de sus actividades, y reitera el deber de protección del Estado frente a las actividades de actores no estatales, incluyendo la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental y social independiente.

siblemente puedan convertirse en por lo menos una herramienta adicional para garantizar la protección de los derechos humanos. Otro punto importante será que, a través de su jurisprudencia, reitere que los Estados tienen la obligación de tomar medidas para asegurarse que las empresas lleven a cabo dichas mediciones, incluyendo aquellas de orden legislativo o reglamentario.

Ambos elementos, tanto la debida diligencia empresarial como la evaluación de impactos, son herramientas útiles que pueden orientar la toma de decisión de las empresas. De suma relevancia será que no se deje o imponga su utilización sólo a las empresas con operaciones transnacionales, sino también a aquellas empresas cuyas operaciones tengan un alcance exclusivamente nacional o local. Aún más, para aquellas que sí tengan operaciones transnacionales, será importante que se establezca como un estándar práctico aplicable tanto para sus operaciones al interior del país como fuera de él. Es hacia esta cuestión, de la obligación de realizar estas mediciones y procesos donde quiera que se realicen operaciones por parte de una empresa, a la que nos dirigimos en la próxima sección.

IV. Un par de palabras sobre la extraterritorialidad en el contexto de la debida diligencia

La extraterritorialidad es un concepto sumamente polémico en el ámbito del derecho internacional, por su complejidad y la dificultad para ponerlo en práctica. El tema es particularmente amplio, por lo que deberemos enfocarnos en algunos puntos esenciales para el argumento que se intenta esgrimir en este texto.

Primero que nada, la extraterritorialidad es un concepto ligado íntimamente a la competencia jurisdiccional de los Estados, misma que usualmente se limita a su territorio, o bien, en ciertos casos, a su jurisdicción (es decir, sobre objetos o sujetos más allá de sus fronteras); sin embargo, en esta temática en-

contramos algunos argumentos que aluden que los Estados deben tener competencia para ejercer su jurisdicción frente a actos o sujetos que se encuentran fuera de su competencia regular. Es eso la extraterritorialidad: la capacidad—que debe distinguirse de la obligación, que como tal aún no existe—de un Estado para extender su *imperium* sobre sujetos o situaciones que ocurren más allá de su ámbito territorial, pero con los que usualmente guarda un vínculo que le permite atraerlos a su jurisdicción. Como es posible imaginarse, esta discusión se encuentra en el cruce entre el derecho internacional público y el privado.

La Comisión de Derecho Internacional de la ONU se ha pronunciado sobre este tema, sistematizando la práctica a nivel internacional sobre la competencia extraterritorial.²⁰ Por otra parte, en la práctica judicial internacional encontramos un antiguo ejemplo (el caso *Lotus*, entre Francia y Turquía, decidido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927) que estableció un principio fundamental del derecho internacional público: la presunción de permisibilidad, conforme con la cual todo aquello que no se encuentre explícitamente prohibido a los Estados, les es permitido.²¹ Esta presunción es relevante porque, al no estar expresamente contemplada la extraterritorialidad en prácticamente ningún instrumento vinculante del derecho internacional, su ejercicio recae enteramente en la decisión casuística que realicen los Estados de forma individual.

La extraterritorialidad puede ejercerse, a grandes rasgos, en dos formas principales:²² a través de la “competencia jurisdiccional”, por una parte, y de la “competencia regulatoria”, por la otra. La primera de ellas se refiere a aque-

²⁰ Comisión de Derecho Internacional, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 58o. período de sesiones*, A61/10 (2006), Anexo V: La jurisdicción extraterritorial.

²¹ Sobre esta cuestión, véase H. Cantú Rivera, “Recent Developments in Extraterritoriality and Soft Law: Towards New Measures to Hold Corporations Accountable for their Human Rights Performance?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México, vol. XIV, 2014.

²² Una tercera, sobre la ejecución de fallos, es reconocida. Sin embargo, por lo pronto nos concentraremos en los otros dos aspectos.

llos casos en que la judicatura de un Estado se estima competente y decide atraer situaciones que no ocurrieron en su territorio, pero que generalmente guardan algún vínculo con él.²³ Particularmente en este ámbito, algunos casos han ocurrido sin que exista una conexión o enlace entre el Estado y la situación u objeto a juzgar; el foro que ha sido utilizado con mayor frecuencia es el de Estados Unidos de América, aunque algunos otros, como los Países Bajos o Inglaterra, también han recibido demandas por casos sin un vínculo directo.²⁴ Desde luego, este tema es polémico, ya que puede implicar una invasión a la soberanía de otro Estado, y no existen amplios precedentes de su utilización a nivel internacional, particularmente en materia civil.²⁵

La segunda forma de ejercicio de la extraterritorialidad, que conforme con la presunción de permisibilidad antes descrita es menos controversial, se refiere a la competencia regulatoria. Ésta implica que un Estado puede emitir legislación o regulación cuyo objetivo sean sujetos, objetos o situaciones que se encuentran u ocurren más allá de sus fronteras. Es este punto el que nos interesa: los Estados pueden adoptar legislación que obligue a las empresas de su nacionalidad o con actividades importantes en su jurisdicción a adoptar medidas de monitoreo o supervisión en sus actividades en el extranjero. Por ello, para que una empresa desarrolle de forma efectiva sus procedimientos y mecanismos de debida diligencia y evaluación de impacto en derechos humanos, será necesario incluirlos en el marco jurídico nacional tanto de los países donde están incorporadas (sus países de origen), como de los países donde operan (en los países huéspedes), a fin de que esté obligada jurídicamente a realizar tales procedimientos de prevención en todos sus espacios de actividad. Incluso, ante la emergencia de empresas con operaciones transnacionales

²³ Hay algunos casos en que, sin existir un vínculo explícito, se estiman competentes en virtud de la gravedad de la ofensa (pensemos en crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio...). Es la base del principio de la competencia o jurisdicción universal, que ha sido utilizada en materia penal.

²⁴ Sobre esta cuestión, véase H. Cantú Rivera, *op. cit.*, *supra* nota 21.

²⁵ Respecto de este tema, véase Andreas Bücher, 'La compétence universelle civile', *Recueil des Cours*. La Haya, vol. 372, 2015.

que tienen su sede en países en vías de desarrollo, la adopción de estas medidas se vuelve cada vez más necesaria.

Esta cuestión se enmarca dentro de la discusión existente en torno a las obligaciones extraterritoriales del Estado, los que tienen una responsabilidad por lo menos política –cuyo complemento jurídico se encuentra en desarrollo– de evitar que se violen derechos humanos en otros países, conforme con sus deberes de solidaridad y cooperación internacional establecidos en algunos tratados internacionales de derechos humanos, específicamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁶

Es precisamente el caso de Francia (por la amplitud de la iniciativa, aunque también el de la Ley Dodd-Frank de Estados Unidos, restringida a los minerales provenientes de zonas de conflicto en la República Democrática del Congo) el modelo más avanzado de propuesta legislativa en esta materia. Conforme con dicho texto, la empresa matriz en un grupo transnacional tendrá la obligación de realizar procedimientos de debida diligencia en derechos humanos a lo largo de sus operaciones, incluyendo a su cadena de suministro. De tal manera, se buscaría prevenir activamente cualquier impacto negativo en los derechos humanos. Desde luego, la idea tras esta propuesta es crear un control desde el seno de la empresa (lo que se conoce como *home-country control*), que se desdoble de forma extraterritorial conforme con la legislación francesa, y que permita atacar tempranamente cualquier situación que puede generar un impacto negativo en los terceros con los que las subsidiarias o su cadena de suministro interactúan. El principal punto de preocupación es qué tan factible es realizar estos procedimientos a través de una larga y compleja cadena de proveedores, clientes y subsidiarias, así como el tipo y nivel de sanciones que podrían ser aplicables en caso de que en algún punto lejano a la empresa matriz no se cumpla con tal disposición, tomando des-

²⁶ Sobre esta temática, véase en general Malcolm Langford *et al.* (eds.), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

de luego en cuenta el principio fundamental de la personalidad jurídica separada.

De forma general, podemos señalar que será sumamente necesario que los procedimientos de debida diligencia y de evaluación de impacto tengan un enfoque de aplicación extraterritorial, a fin de que los riesgos para los derechos humanos puedan ser detectados preventivamente tanto al interior como al exterior de la empresa matriz. Sin dicho enfoque, cualquier esfuerzo en el marco de las actividades de una empresa con operaciones transnacionales será insuficiente, pues no necesariamente se establecerá el mismo marco regulatorio o legislativo en los países donde se desempeñan las unidades de la cadena de suministro, o bien, la cultura corporativa no tendrá el mismo enfoque que pueda existir en el país de origen de la empresa. Como se puede observar, hay dos enfoques distintos en este punto: que el Estado (particularmente aquellos de origen, independientemente si sean desarrollados o en vías de desarrollo) se asegure que las empresas establezcan dichos procedimientos con un enfoque extraterritorial, y que —tomando en consideración la oposición política que seguramente habrá durante la discusión y adopción de dichas medidas legislativas o regulatorias— se fomente que las empresas lo desarrollen proactivamente y de forma integral a lo largo de sus operaciones, a fin de no depender forzosamente del establecimiento de legislación nacional en los países receptores que obligue a las empresas a establecer dichos mecanismos.

Lo anterior puede, sin duda, ser uno de los principales aspectos a tratar en el desarrollo de políticas públicas sobre derechos humanos y empresas, sobre todo en el contexto de los principales instrumentos que se utilizan en la actualidad para dicho fin: los Planes de Acción Nacional. Como plataformas de política pública, dichos planes pueden ser efectivos instrumentos para la implementación de las obligaciones internacionales del Estado, así como para promover entre el ámbito empresarial la utilización de medidas responsables que sean utilizadas de forma integral a través de sus operaciones.

V. Los Planes de Acción Nacional: ¿vehículos para la implementación de las obligaciones internacionales del Estado?

Los Planes de Acción Nacional son definidos por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos como herramientas que “hacen evolucionar las estrategias normativas formuladas por los Estados para prevenir las violaciones de los derechos humanos por las empresas y proteger contra ellas...”, y a través de las cuales “los Estados hacen balance de las medidas que ya tienen en marcha para aplicar los Principios Rectores y determinan las carencias que exigen nuevas medidas normativas a esos efectos”.²⁷ En un principio, se podría considerar que son herramientas de política pública en sentido amplio, es decir, que involucran la participación tanto del Ejecutivo como del Legislativo para identificar avances y desafíos en la protección y respeto de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, analizar medios para colmar las lagunas existentes, y facilitar una participación activa de los diferentes actores sociales, con la finalidad de desarrollar una estrategia público-privada integral que permita tanto al Estado como a las empresas cumplir con sus respectivas responsabilidades.

No obstante, a la fecha esto es completamente ajeno y lejano a la incipiente práctica que comienza a desarrollarse. Al momento de escribir estas líneas, apenas han sido adoptados ocho Planes de Acción Nacional a nivel mundial, de los cuales siete son de países europeos, y sólo uno se desarrolló fuera de dicho continente (es el caso de Colombia). Dos más se encuentran aparentemente bloqueados a nivel político (Italia y España), a pesar de haberse registrado avances importantes en su desarrollo. Además de estos ocho países, muchos otros —incluyendo a México—²⁸ se encuentran en distintas fases de

²⁷ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, A/69/263 (5 de agosto de 2014), par. 6.

²⁸ Un recuento más detallado del desarrollo de dicho proceso en México puede encontrarse en H. Cantú Rivera, “El desarrollo de un Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos

progreso en el desarrollo de estas políticas. Pero esto no es lo más preocupante: en sí, dentro de los ocho instrumentos que se han publicado, es notable una característica común que apunta hacia un desinterés por desarrollar una visión integral y transversal que se enfoque en la transformación o reforma de las políticas públicas en sentido amplio, optando por el contrario por una visión estricta que involucra exclusivamente la acción ministerial en el ámbito ejecutivo.

En pocas palabras, se puede constatar que el enfoque de los planes desarrollados hasta la fecha únicamente es en cuanto a los programas y acciones que pueden desarrollar los gobiernos dentro de su esfera de acción administrativa, sin tomar en consideración el necesario acompañamiento de dichos proyectos y programas por reformas legislativas y reglamentarias que solidifiquen el propósito de dichos planes. Para que un proyecto de este tipo no esté sujeto a ciclos y consideraciones políticas, necesariamente deben anclarse sus ejes principales en el marco jurídico aplicable, y no sólo frente a la labor que desempeñan las diferentes dependencias gubernamentales, sino también en torno a los sujetos a quienes están dirigidos dichos proyectos, y sin cuya participación difícilmente podrá avanzarse en su implementación: las empresas.

En este sentido, un Plan de Acción Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas que no esté íntimamente ligado a una serie de reformas estructurales que permitan establecer jurídicamente la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, así como una serie de sanciones en caso de que ésta no sea cumplida, estará destinado a ser una propuesta política de papel, sin efectos verdaderos en la práctica. El efecto de las iniciativas voluntarias es limitado, por lo que de no incluirse reformas legislativas y reglamentarias que ataquen los principales déficits existentes en un marco jurídico nacional, se dará continuidad al *status quo* que permite que las empresas continúen

humanos en México: Primeros pasos”, *Blog de la Fundación para el Debido Proceso*, 8 de marzo de 2016, disponible en <https://dplfblog.com/2016/03/08/el-desarrollo-de-un-plan-de-accion-nacional-sobre-derechos-humanos-y-empresas-en-mexico-primeros-pasos/>

operando en zonas grises, en detrimento en ocasiones de los derechos de personas pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad.

De la misma forma, es en este ámbito donde debe incluirse la visión que mencioné en la sección anterior, relativa a la utilización de una debida diligencia en derechos humanos con alcance extraterritorial, a fin de involucrar a los vínculos más lejanos de una empresa matriz. Así, el planteamiento de la debida diligencia debe hacerse de forma que las empresas que tengan su sede en un país determinado, adopten medidas que monitoreen las actividades y decisiones de sus subsidiarias, contratistas o cadena de valor, independientemente de si éstas se encuentran situadas en el mismo país o en el extranjero. La inclusión de una visión de este tipo en los Planes de Acción Nacional permitirá una sincronización o alineamiento de posturas a nivel interministerial, lo que facilitaría que los diferentes sectores gubernamentales regulen efectivamente la actividad de las empresas, y si se propone de forma complementaria la adopción de medidas vinculantes que generen una obligación para las empresas de supervisar sus actividades, contratos y relaciones comerciales, se podrá avanzar de manera más sencilla hacia una mayor y mejor protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial.

Los Planes de Acción Nacional pueden ser sumamente útiles para promover el uso de la debida diligencia, tanto en sus aspectos de promoción o exigencia por el gobierno, como para establecer incentivos para aquellas empresas que de forma comprometida y responsable decidan alinearse a estas buenas prácticas internacionales. En ese sentido, las políticas públicas pueden ser herramientas interesantes y efectivas para que los Estados cumplan con su obligación de protección y promoción de los derechos humanos a nivel interno, y para que fomenten una cooperación internacional –tanto de Estados como de actores no estatales– que contribuya efectivamente a elevar los estándares de protección y respeto de los derechos humanos en cualquier lugar donde las empresas desarrollen sus operaciones.

VI. El papel de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos ante las actividades de las empresas

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, pasamos a escribir algunas breves reflexiones finales sobre lo que las INDH pueden hacer en torno a la actividad de las empresas y sus impactos en el ámbito de los derechos humanos. Como es conocido, el número de INDH con competencia específica para conocer de violaciones a derechos humanos ocurridas como resultado de actividades empresariales es limitado. Sin embargo, aún con esa limitación, alguna práctica ha comenzado a surgir al respecto. Pensemos por ejemplo, en el caso de las INDH de Malasia, Alemania, Australia o Marruecos, donde a través de diferentes actividades, han comenzado a pronunciarse sobre los efectos en los derechos humanos generados por las empresas.²⁹

El hecho de que las INDH no puedan pronunciarse explícitamente sobre las empresas como responsables de violaciones a los derechos humanos no es, en realidad, un obstáculo infranqueable. Por el contrario, tomando como base los Principios Rectores, la responsabilidad jurídica recae en el Estado conforme con el derecho internacional, por lo que en todo caso corresponde a la INDH emitir pronunciamientos en torno a la acción u omisión estatal que facilitó o no evitó que la empresa afectara directamente las prerrogativas individuales o colectivas. En ese sentido, los Estados continúan siendo el sujeto que la INDH debe regular; el hecho de mencionar en sus resoluciones a las empresas constituye, por sí mismo, un reconocimiento sobre su (ir)responsabilidad en el respeto a los derechos humanos en el marco de sus operaciones.

²⁹ Durante el Cuarto Foro Anual de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos en noviembre de 2015, participé como organizador de una sesión paralela sobre las experiencias de las INDH en la temática sobre empresas y derechos humanos. La nota conceptual del evento puede encontrarse en el siguiente vínculo: https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/UNforum2015_accesstoremedyNHRI_1611.pdf

Pero la actividad de las INDH no se limita únicamente al tratamiento de casos contenciosos en donde se alegue una violación a derechos humanos. Al contrario, se extiende primordialmente hacia los ámbitos de educación y difusión, que son elementos claves para desarrollar una cultura empresarial de derechos humanos, que posteriormente se traduzca en una actividad preventiva y responsable en este ámbito. Por ello, las INDH deben hacer un énfasis singular en este tipo de actividades, ya que la capacitación y difusión de estándares, tanto en el sector empresarial como en el gubernamental, permitirá garantizar un mayor respeto de las prerrogativas humanas. De suma relevancia será tener un entendimiento claro y transmisible sobre la debida diligencia en derechos humanos, así como sobre las evaluaciones de impacto, a fin de que los organismos empresariales y sus afiliados cuenten con un aliado que pueda potenciar la utilización de dichas herramientas.

En el caso de México, de suma importancia será contar con un proyecto especial en la materia que le permita a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos coordinar un esfuerzo conjunto con sus homólogos estatales, a fin de replicar experiencias exitosas a una escala nacional. Igualmente, el uso de incentivos o “certificaciones” puede ser una estrategia interesante, sobre todo si se enfoca en cuestiones procedimentales en torno a la debida diligencia de derechos humanos, ya que ello permitiría posiblemente despertar un interés genuino en las empresas sobre la adopción de medidas que les permitan respetar los derechos humanos y, desde luego, recibir un reconocimiento por su proactividad en el tema. Aunque en principio la lógica de los derechos humanos contrastaría con la idea de certificar lo que constituye por lo menos una responsabilidad moral (y en casos específicos, jurídica, conforme con ciertos desarrollos jurisprudenciales), en la práctica una iniciativa de este tipo podría generar una motivación valiosa para que las empresas decidan participar en tales procesos.

Las INDH son llamadas por los propios Principios Rectores a desempeñar un papel clave en esta encomienda; sólo con una acción concertada y proac-

tiva habrá verdaderas oportunidades de contribuir a, como menciona Surya Deva, “humanizar a las empresas”.

VII. Conclusión

Como se mencionó en la introducción de este capítulo, la idea de este breve texto era unir áreas que a primera vista tal vez no parezcan tener mucho en común. Sin embargo, resulta claro que la debida diligencia empresarial en derechos humanos, utilizada tanto en el centro de decisiones de un grupo con operaciones transnacionales como a lo largo de su cadena de suministro y de sus relaciones comerciales, puede ser una herramienta sumamente útil para prevenir impactos negativos en los derechos humanos. Si dichas medidas adoptadas por las empresas, ya sea de forma voluntaria y proactiva o como forma de control de daños, van acompañadas de legislación o regulación nacional con esa misma perspectiva extraterritorial, los impactos producidos por los megaproyectos pueden reducirse significativamente.

La inclusión de medidas e incentivos en los programas de política pública diseñados para tal fin pueden ser la herramienta adecuada para implementar a nivel interno las obligaciones internacionales de los Estados, a fin de generar un comportamiento responsable de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. La colaboración de los distintos actores involucrados en esta temática, incluyendo a las INDH, será sumamente necesaria para lograr resultados tangibles y benéficos para todos aquellos que puedan eventualmente ser afectados por las actividades industriales. Dichos resultados dependerán, en efecto, de que todos los actores asuman su rol para desarrollar una verdadera cultura transversal de derechos humanos, y que permita a la globalización convertirse finalmente en un motor de progreso equitativo que llegue a todos los rincones de la sociedad.