

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Kessedjian, Catherine, *Le droit international collaboratif*, París, Pedone, 2016, pp. 155-164.
⁶ Ryngaert, Cedric, 'Transnational private regulation and human rights: The limitations of stateless law and the re-entry of the state' en Letnar Cernic, Jernej y Van Ho, Tara (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015.

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

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