

Evaluando los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos a dos años de su adopción

Humberto Fernando Cantú Rivera

Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Doctorando en Derecho, Universidad Panthéon-Assas Paris II, afiliado al Centro de Investigación en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Coordinador del Proyecto sobre Responsabilidad Empresarial y Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León (México).

Resumen: La cuestión de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas ha sido largamente debatida a nivel internacional. El consenso logrado por los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos tras su adopción en junio de 2011 implica un cambio de paradigma, ante el cual surgen nuevos retos para el derecho internacional. Por tanto, es pertinente analizar el estado de la cuestión a dos años de la adopción de dicho instrumento para reflexionar sobre los avances logrados a nivel nacional e internacional, especialmente, en torno a la existencia de una responsabilidad empresarial en el área, la complicada cuestión de la extraterritorialidad a nivel internacional –tanto en torno a la regulación como a la adjudicación–, y sobre el carácter no vinculante de los Principios Rectores, a través de casos específicos que se encuentran en discusión o que han sido resueltos recientemente a nivel nacional.

Palabras clave: responsabilidad empresarial; principios rectores sobre empresas y derechos humanos; extraterritorialidad; alien tort statute; derecho consuetudinario.

Abstract: The issue of human rights and corporate responsibility has been debated internationally for a long time. The consensus reached by the UN Guiding Principles on Business and Human Rights after their adoption in June 2011 has implied a change of paradigm that poses new challenges

to international law. Therefore, it is appropriate to analyze the *status quo* two years after the adoption of this instrument, especially regarding the debate on the existence of a corporate responsibility in the field of human rights, the complex question of extraterritoriality under international law –both in its regulatory and adjudicative approaches–, and on the non-binding nature of the Guiding Principles, through the use of cases that are currently under discussion or that have been recently resolved in national jurisdictions.

Keywords: corporate responsibility; guiding principles on business and human rights; extraterritoriality; alien tort statute; customary law.

Artículo recibido: 04/04/13 Aceptado: 24/05/13

Sumario

1. Introducción
2. Sobre la adopción de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos y su contenido
3. Principales desafíos a la cuestión presentados por la realidad jurídica nacional e internacional
4. Conclusión
5. Bibliografía

1. Introducción

El tema de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos ha sido debatido por un largo tiempo, tanto a nivel académico como en las organizaciones internacionales. Recientemente, la Organización de las Naciones Unidas, a través de su Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales, John Ruggie, lograron uno de los avances más importantes y emblemáticos en los últimos años, al haber conseguido que el Consejo de Derechos Humanos aceptara su propuesta de un marco normativo de derecho no vinculante sobre el tema,

de manera unánime y con el respaldo de la comunidad empresarial y de manera general de la sociedad civil a nivel internacional.

A casi dos años de su adopción, y tras la conformación del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos¹, su primera visita de país a Mongolia y la realización del primer Foro Anual sobre Empresas y Derechos Humanos en diciembre de 2012, algunas cuestiones relativas al tema de la responsabilidad empresarial aparentemente continúan estancadas, mientras que algunas otras presentan avances significativos que deben ser analizados y ponderados a la luz del derecho internacional general, penal y de los derechos humanos, para poder contemplar adecuadamente su alcance y efectos.

En virtud de lo anterior, el presente artículo busca ilustrar las circunstancias bajo las cuales los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos fueron adoptados, así como tres de los principales desafíos a los que se enfrenta dicho instrumento (el debate sobre la existencia de una responsabilidad empresarial en el área, la cuestión de la extraterritorialidad y el carácter no vinculante de los Principios Rectores), a fin de analizar qué avances se han logrado a la fecha en la materia, y cuáles son algunos de los obstáculos a los que se enfrenta esta cuestión. A manera de conclusión, se esboza una idea en torno a si los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos podrían eventualmente convertirse en un instrumento vinculante, conforme a los principios establecidos del derecho internacional general, lo que permitiría desarrollar el tema de la manera que por tantos años se ha buscado.

2. Sobre la adopción de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos y su contenido

El 16 de junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (A/HRC/RES/17/4, 2011), la culminación

1 Su denominación oficial es Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales.

del trabajo de seis años emprendido por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas, John Ruggie (en adelante el RESG o el Representante Especial). Dicha adopción implicó formalmente la aceptación a nivel universal del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar” (A/HRC/8/5, 2008) y su consagración a nivel operativo, que fue la tarea encomendada a John Ruggie al serle extendido su mandato por tres años más en 2008.

El Marco para “Proteger, Respetar y Remediar” que fue propuesto por el Representante Especial al Consejo de Derechos Humanos de la ONU en abril de 2008 contiene una estructura tripartita, consistente en el deber del Estado de proteger contra las violaciones a los derechos humanos, incluso aquéllas cometidas por actores no estatales; la responsabilidad de las empresas de todo tipo y de todos los sectores económicos de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos; y por último, la necesidad de contar con los recursos adecuados para hacer frente a los efectos negativos que puedan tener las actividades de las empresas, ya sean éstos de índole judicial o de naturaleza extrajudicial.

En sí, la adopción de los Principios Rectores significó a nivel internacional la conclusión de un largo período de debates e intentos frustrados para establecer un ordenamiento o mecanismo que pudiera servir como guía o instrucción respecto al comportamiento que deben tener las empresas en el ámbito de los derechos humanos, el cual se remonta a la década de 1970 (Cantú Rivera, 2013a, 316–322)². Por ello, este conjunto de principios ha

2 Los esfuerzos de la comunidad internacional –esencialmente de los países en vías de desarrollo y del Sur Global– por establecer códigos de conducta para las empresas transnacionales pasaron por el Proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales, que contenía ciertas referencias sobre el respeto a los derechos humanos, aunque tenía un enfoque mucho más amplio. Sin embargo, dicho proyecto fue descartado finalmente en 1994 por la Comisión sobre Empresas Transnacionales, tras haberse estancado desde la década de 1980 por falta de acuerdos entre los distintos representantes de los países y los sectores empresariales. De la misma forma, un intento por establecer un marco normativo realizado por la Subcomisión

sido celebrado como el principio del fin, al finalmente lograr un aparente consenso entre la comunidad empresarial, los Estados y la sociedad civil a nivel internacional (aunque esta última haya discrepado en torno al verdadero alcance de la resolución adoptada por las Naciones Unidas).

Respecto a su contenido, el deber del Estado de proteger contra violaciones de derechos humanos, incluso aquéllas en donde haya existido una participación empresarial, ha sido un desarrollo constante a nivel internacional que se remonta a la sentencia del *Estrecho de Corfú*³, el primer caso contencioso resuelto por la Corte Internacional de Justicia en 1949, y que ha sido utilizado como la base del desarrollo jurisprudencial en múltiples ocasiones por distintos tribunales internacionales, incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su primera sentencia en *Velásquez Rodríguez*⁴, por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Guerra*⁵ o por la misma Corte Internacional de Justicia en su sentencia sobre la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*⁶. Si bien es cierto que la sentencia del *Estrecho de Corfú* tenía tintes exclusivamente referentes al derecho internacional general y la obligación de proteger (el principio de *due diligence*), es la base sobre la cual se desarrolló la doctrina sobre la responsabilidad estatal en el ámbito de los derechos humanos.

de Derechos Humanos de la ONU –un órgano subsidiario de la extinta Comisión de Derechos Humanos–, conocido como las “Normas de la Subcomisión”, se vio frustrado en la Comisión tras la presión internacional ejercida por la comunidad empresarial y ciertos países industrializados.

3 Corte Internacional de Justicia, *Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte Vs. Albania, Caso del Estrecho de Corfú*, Sentencia de 9 de abril de 1949, p. 23

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, párr. 172.

5 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Guerra y otros Vs. Italia*, Fondo y Satisfacción, Sentencia de 19 de febrero de 1998, 14967/89, párr. 60.

6 Corte Internacional de Justicia, *Bosnia y Herzegovina Vs. Serbia y Montenegro, Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*, Sentencia de 26 de febrero de 2007, párr. 430.

Por tanto, los Principios Rectores confirman el estado actual del derecho internacional general y de los derechos humanos en torno a la responsabilidad del Estado, afirmando explícitamente que el Estado será responsable por su falta de debida diligencia –u omisión– para proteger a aquellos que se encuentren bajo su jurisdicción de toda violación de derechos humanos que pueda ser cometida por actores no estatales (Latty, 2010, 355–363; De Frouville, 2010, 163–183), como lo son las empresas⁷.

En lo que respecta a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, por lo menos aquellos que han sido reconocidos internacionalmente por la Carta Internacional de Derechos Humanos y por los principios establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, los Principios Rectores se han inclinado por una posición esencialmente pragmática y que ha sido adoptada en un lenguaje utilizado de forma cotidiana en el ámbito empresarial.

Así, dicho documento considera que la empresa debe adoptar estrategias de administración y gestión hacia su interior y ante las cadenas de suministro y demás socios comerciales, como la práctica de debida diligencia, las evaluaciones de impacto en los derechos humanos y los correspondientes procesos de medición y seguimiento en cuanto a su debida implementación, los procesos de reparación de las consecuencias negativas ocurridas con motivo de sus actividades industriales y un compromiso político a nivel gerencial en la empresa respecto a la asunción de su responsabilidad de respetar los derechos humanos (Bonnitcha, 2012).

John Ruggie consideró que la discusión en torno a la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos se ha concentrado esencialmente en los derechos que pueden generar responsabilidad en caso de ser infringidos o afectados negativamente por las empresas, y no en sí en la

7 Este desarrollo en el derecho internacional general se ha visto complementado por el *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, preparados por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas y adoptados por ese mismo órgano en 2001 a través del documento A/56/10.

responsabilidad que tienen las empresas frente a esos derechos como tal (A/HRC/8/5, 2008, párr. 51, 53).

Por tanto, el enfoque adoptado por los Principios Rectores fue esencialmente en una tónica corporativa, de manera que las empresas puedan tomar las medidas necesarias dentro de su propia estructura para prevenir y en todo caso mitigar los impactos adversos que sus actividades puedan generar. Así, una variante de la debida diligencia que tiene el Estado se configura en el ámbito empresarial, con el objetivo de afectar y modificar los procesos correspondientes para tener un comportamiento responsable en el área de los derechos humanos, esencialmente a través de la prevención y, en caso necesario, de la mitigación de los efectos y la eventual reparación que resulte correspondiente.

En lo que respecta al acceso a los recursos apropiados, uno de los principales aportes fue dar un lugar apropiado y explícito a los dos tipos de remedios que deben existir: por un lado, Ruggie señaló la importancia que deben tener los recursos jurídicos, que al ser eficientes y efectivos, sirven para dar cumplimiento a la obligación internacional que tienen los Estados de poner a disposición las medidas que correspondan para garantizar la reparación del daño a las víctimas, y que son además uno de los vértices en el deber estatal de proteger contra las violaciones a los derechos humanos, como fue reconocido en el principio 25 de los Principios Rectores.

Por otra parte, sugirió la adopción de procedimientos, tanto estatales como no estatales (específicamente recursos desarrollados por las propias empresas que hayan tenido algún vínculo con la violación de derechos humanos), que permitan hacer frente de manera más rápida y efectiva a cualquier transgresión a los derechos fundamentales de las personas y grupos que hayan sido agraviados. Una de las principales herramientas para garantizar la eficacia y rapidez de los recursos extrajudiciales es el favorecimiento del diálogo entre las partes, lo cual puede permitir que se llegue a compromisos y soluciones más adecuados a las necesidades reales de las víctimas, los cuales no necesariamente podrían ser otorgados por los mecanismos judiciales puestos a disposición por el Estado (Deva, 2012a).

De igual forma, es necesario que se preste la atención adecuada a los mecanismos estatales extrajudiciales, con el fin de hacerlos del

conocimiento público y permitir su desarrollo y fortalecimiento. Por ejemplo, la actuación de las instituciones nacionales de derechos humanos puede resultar benéfica, al ser organismos dedicados precisamente a la protección de los derechos humanos, y que pueden permitir un enfoque centrado en los derechos humanos y en particular en los desarrollos consuetudinarios, convencionales y judiciales a nivel internacional, los cuales no necesariamente son accesibles a los organismos judiciales, en especial atendiendo a la diversidad que su enfoque puede tener⁸.

Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos son, sin lugar a dudas, una herramienta internacional útil y que logró, por lo menos, un consenso internacional sobre el estado actual de la cuestión de la responsabilidad empresarial. Sin embargo, se enfrenta a diversos desafíos reales y jurídicos que pueden minar su aplicación y, en particular, su implementación y armonización en los contextos nacionales, que es donde principal prioridad y aplicación deben tener. Algunos de estos aspectos serán analizados en la siguiente sección.

3. Principales desafíos a la cuestión presentados por la realidad jurídica nacional e internacional

Si bien los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos fueron de manera general bien acogidos a nivel internacional por la mayoría

8 Tomando como ejemplo la materia penal, es claro que su enfoque se verá relativamente limitado a la imposición de la pena por el delito ocasionado, debiendo probarse en todo momento los dos elementos esenciales, a saber el *actus reus* y el *mens rea*; sin embargo, tomando en consideración la aún polarizada doctrina sobre la existencia de una responsabilidad penal empresarial, aunado a la dificultad que conlleva la aplicación de sanciones penales que trasciendan de una sanción económica, así como en relación a la demostración de un conocimiento y/o consciencia sobre el acto (*mens rea*), resulta ciertamente probable que un enfoque de derechos humanos pueda reparar y satisfacer de manera más adecuada las necesidades de las víctimas, sin excluir los demás procedimientos judiciales que pudieran resultar pertinentes.

de las partes involucradas –a pesar de algunos llamados a la necesidad de contar con mecanismos de supervisión y elementos conceptuales más comprensivos y fuertes⁹–, la realidad imperante dista mucho de haber sufrido modificaciones significativas tras su adopción. *Grosso modo*, se puede apreciar que el papel de los Principios Rectores, y uno de sus principales logros, fue haber reavivado a nivel internacional y consensuado el debate sobre la ineludible existencia de una responsabilidad en materia de derechos humanos para las empresas, y con ello, darle visibilidad y publicidad al tema.

A pesar de ello, tres desafíos continúan existiendo sobre la materia: en primer lugar, una posición empresarial que en algunos casos ha debatido la existencia de una responsabilidad reconocida consuetudinariamente, y con ello, la posibilidad de aplicación de estándares internacionales a una cuestión aún indefinida¹⁰; en segundo término, la aplicación de normas y la sujeción a procedimientos extraterritoriales, que de igual forma continúa siendo polémica y enfrentando la oposición por igual de Estados y los grupos empresariales; y en tercer lugar, el carácter no vinculante que tienen los estándares internacionales que hasta la fecha se han adoptado sobre el tema, entre ellos los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos.

En torno a la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, continúa existiendo a nivel internacional cierta reticencia al establecimiento de obligaciones directas derivadas del orden internacional.

9 Por ejemplo, Chris Albin-Lackey de Human Rights Watch criticó que existe una falta de especificidad y contundencia en los Principios Rectores respecto a la obligación que tienen los gobiernos de regular de manera efectiva a las empresas, el hecho de que no existan mecanismos de regulación, y que pueda perpetuarse el estado actual de la cuestión respecto al uso de iniciativas voluntarias en lugar de un enfoque regulatorio.

10 Lo anterior ha aparecido, por ejemplo, en *Kiobel et al. Vs. Royal Dutch Petroleum*, que se encuentra siendo analizado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en torno a la aplicabilidad del *Alien Tort Statute* a las empresas comerciales y la posibilidad de que dicha aplicación se haga extraterritorialmente.

La existencia de un vacío legal en el derecho internacional permite a las empresas la flexibilidad de no estar sumisas a un tercer orden regulatorio –en conjunto con los órdenes nacionales en donde operan y con las iniciativas de autorregulación que algunas de ellas determinen establecer– ante el cual no podrían ejercer su influencia de la forma tan sencilla como lo hacen en algunos Estados, especialmente en aquellos en vías de desarrollo.

La justificación esgrimida por el sector de los negocios a nivel internacional para evadir o rechazar la creación de un sistema internacional de regulación empresarial en el área de los derechos humanos se ha centrado en que las empresas pueden más fácilmente autorregularse, sin la necesidad de que exista un control externo. De esta forma, las empresas pueden adoptar normatividades internas que les permitan adecuar sus procesos de manera más sencilla y conforme a sus necesidades específicas (Deva, 2012b, 75), lo cual no sería tan sencillo ante la existencia de un orden regulatorio común que tal vez no tomaría en cuenta las características individuales o sectoriales en que se encuentran inmersas las distintas industrias, sino que abogaría por la creación de un mecanismo estandarizado que crearía un marco común para todas las empresas, independientemente de su giro.

Por otra parte, algunas empresas han incluso continuado debatiendo la existencia de una responsabilidad para ellas en el ámbito, basándose en argumentos como el hecho de que cualquier responsabilidad distinta a la de obtener mayores ganancias para los accionistas de la empresa sería equiparable a la responsabilidad que tiene el Estado en materia de derechos humanos, sin que la empresa se encuentre en una posición de dominio o tenga fuerza pública (Herbel, 2010, 149-154). Aunado a lo anterior, el hecho de que a la fecha no “exista” una norma consuetudinaria o ampliamente reconocida por la comunidad internacional en torno a la existencia de obligaciones o responsabilidades para las empresas¹¹ ha sido utilizado para intentar reforzar su posición.

No obstante ello, diversas situaciones han dado claras muestras que es necesario que haya un organismo regulador con autosuficiencia

11 El presente argumento será discutido en la última sección del artículo.

y alcance internacional para poder hacer frente a aquellos casos en que los Estados no quieran o puedan contrarrestar los efectos negativos generados por la actividad empresarial en el ámbito de las prerrogativas humanas, o bien, que no puedan garantizar el apego al orden jurídico nacional. Desde Union Carbide Corporation en Bhopal, India, pasando por British Petroleum en el Golfo de México, Shell en Nigeria o Chevron en Ecuador, diversos ejemplos ponen de manifiesto la necesidad de que el argumento de la autorregulación continúe funcionando –de forma preventiva, a través del ejercicio de la debida diligencia por parte de las empresas–, aunque también hace evidente la necesidad de contar con un mecanismo internacional que tenga competencia para regular el accionar de las empresas transnacionales y comerciales en el ámbito de los derechos humanos (Deva, 2012b, 200).

Asimismo, un enfoque basado en los derechos humanos, y no en la conveniencia o ventajas comerciales que una imagen corporativa respetuosa del orden jurídico pueden otorgar a una empresa, debe establecerse a nivel internacional, a fin de lograr un cambio en la cultura jurídica que tenga repercusiones reales, y no solamente el objetivo de obtener una “licencia social para operar” (Ibíd., 160).

Por otra parte, algunas propuestas han comenzado a surgir en torno al establecimiento de una contraparte judicial al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, una Corte Mundial de Derechos Humanos que también tenga competencia sobre las actividades de las empresas (Nowak, 2007, 251–259). Sin embargo, si tomó aproximadamente 40 años y un enfoque minimalista y reduccionista para lograr un consenso en esta materia, la alternativa descrita podría igualmente resultar difícil de cristalizar (Bilchitz, 2010).

En lo relativo a la cuestión de la extraterritorialidad, debe tenerse en cuenta la existencia de dos vertientes. La primera es relativa a la regulación (a través de normas con aplicación extraterritorial), mientras que la segunda tiene que ver con la adjudicación (el hecho de juzgar situaciones ocurridas fuera de un espacio geográfico específico sobre el que un Estado determinado ejerce su jurisdicción).

En lo que respecta a la cuestión de la regulación extraterritorial, que implica que los Estados cuenten con legislación que tenga efectos y

alcance más allá de sus fronteras, la discusión a nivel internacional ha sido relativamente poca, sobre todo si se compara al fenómeno adjudicativo. No obstante lo anterior, algunas legislaciones nacionales han resaltado la importancia que tiene esta situación, aún más en la sociedad global de la actualidad; por ejemplo, la Sección 1502 de la Ley Dodd-Frank sobre la Reforma de Wall Street y la Protección de los Consumidores (*Ley Dodd-Frank* en lo sucesivo) de los Estados Unidos de América requiere que las empresas de su nacionalidad informen anualmente –a partir de enero de 2013, debiendo presentarse el primer informe a final de mayo de 2014– si los minerales que utilizan para el funcionamiento o producción de un artículo que ellos fabrican tienen como su lugar de origen la República Democrática del Congo o un país adyacente, y en caso afirmativo, deberán igualmente presentar un informe en torno a las medidas tomadas para llevar a cabo la debida diligencia sobre la fuente de los minerales y su cadena de custodia. Dicha información deberá estar disponible en los sitios de internet de las empresas declarantes.

Esta ley, que ha generado cierta controversia en el sector industrial estadounidense, afirma lo que ya ha sido argumentado por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales: que al no existir disposiciones explícitas y suficientemente específicas a nivel internacional en torno a la cuestión de la regulación y adjudicación extraterritorial, compete a los Estados determinar y enfrentar dichas lagunas jurídicas a través de sus legislaciones nacionales, a falta de un consenso internacional sobre el tema (Koh, 2004). Por tanto, esta ley –entre otras– legitima la existencia del concepto de aplicación y juicio extraterritorial a nivel internacional, reforzando por tanto la posibilidad de una aplicación judicial extraterritorial de la ley.

Si es posible emitir leyes con efectos extraterritoriales –que regulen la actividad de las empresas con operaciones en la República Democrática del Congo, como es el presente caso–, que obligan a las personas morales a cumplir con obligaciones domésticas de informar sobre sus actividades en el extranjero, resulta difícil aceptar un argumento que señale que la ley de un Estado no puede regular la actividad de sus nacionales fuera

de su territorio. Incluso, la obligación de informar en torno a las medidas de debida diligencia tomadas refuerza el argumento de la existencia de una responsabilidad para las empresas más allá de aquellas basadas únicamente en el lucro, y que desde luego, puede abarcar otras áreas del derecho, como lo son el derecho ambiental o los derechos humanos. Por tanto, aunado al señalamiento que ha sido hecho por organismos tales como el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas¹², la cuestión relativa a la emisión de legislación nacional con alcance extraterritorial es en la actualidad necesaria para adaptar los marcos legales a la realidad jurídica nacional e internacional que impera, a fin de lograr una mayor protección de los individuos y comunidades que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad de sus derechos humanos (De Schutter, 2010, 19–100).

En lo que respecta a la cuestión de la adjudicación extraterritorial, la discusión se ha centrado esencialmente en si el *Alien Tort Statute* (Ley de Reclamación por Agravios contra Extranjeros, la principal herramienta

12 En las observaciones finales realizadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU –el órgano de tratado encargado de velar por la implementación y salvaguarda del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– respecto del sexto informe periódico de Alemania, el párrafo 16 de la sección C (sobre las principales causas de preocupación y recomendaciones hechas por el Comité) analiza la cuestión de la extraterritorialidad: Si bien el Comité recibe con beneplácito las medidas tomadas por el Estado Parte para poner a disposición de las víctimas los recursos jurídicos contra las empresas alemanas que trabajan fuera del país y de quienes se alega que transgreden los estándares de derechos humanos, el Comité señala su preocupación en torno a que tales remedios podrían no ser suficientes. Por tanto, el Comité alienta al Estado a manifestar que espera que todas las empresas alemanas cuyo domicilio se encuentre en el territorio alemán y/o bajo su jurisdicción respeten los derechos humanos en sus operaciones, de conformidad con el Pacto, a la vez que incita a que se tomen las medidas apropiadas para reforzar los recursos jurídicos que se encuentran a disposición de aquellos que han sido víctimas de las actividades de las empresas alemanas en sus operaciones en el extranjero (UN Doc. CCPR/C/DEU/CO/6, 12 de noviembre de 2012).

jurídica utilizada hasta la fecha para tratar de establecer la responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos cometidas fuera del territorio estadounidense, de donde es originaria la ley) tiene o debe tener alcances y aplicación extraterritoriales. En la actualidad, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América se encuentra en las últimas fases de discusión en torno a este punto, dentro del caso *Kiobel et al. vs. Royal Dutch Petroleum et al.* (10-1491), en donde la discusión sobre la aplicación extraterritorial de la ley fue ordenada por la Corte (Cantú Rivera, 2013b). La existencia de legislación estadounidense con efectos extraterritoriales hace suponer que la Suprema Corte no anulará su aplicación, pero sí se espera que restrinja aún más las causales que puedan dar origen a un procedimiento judicial por hechos ocurridos fuera del territorio estadounidense, donde las partes no tengan la nacionalidad de tal país.

Por otra parte, el argumento sobre el silencio del derecho internacional en torno a la adjudicación extraterritorial desde luego indica que es una cuestión que debe aún ser desarrollada y regulada por los Estados bajo ese mismo ordenamiento jurídico, a falta de lo cual, la actuación de los Estados en este ámbito es en la actualidad permitida (Donovan y Roberts, 2006, 142-163). De la misma manera, los Estados podrán entonces decidir sobre la posibilidad de juzgar hechos ocurridos fuera de su territorio si consideran que no existen otros remedios jurídicos efectivos, independientes y que respeten plenamente el Estado de derecho y los derechos humanos de las partes.

Si bien en los Estados Unidos de América la cuestión de la adjudicación extraterritorial ha enfrentado ciertas dificultades, otras jurisdicciones comienzan a aprovechar el vacío legal a nivel internacional para hacer uso de las mismas facultades y procesos que se han intentado hasta la fecha en tribunales estadounidenses. Un ejemplo de lo anterior resulta el emblemático caso de Ashraf Ahmad El Hagog Jumaa contra la República de Libia (*Ashraf Ahmad El Hagog Jumaa v. Lybia*), que fue recientemente resuelta por un tribunal civil de los Países Bajos. Este caso, que es un claro ejemplo de la adjudicación extraterritorial como un último recurso jurídico para proveer a las víctimas de una reparación efectiva, constituye un parteaguas jurídico a nivel internacional, puesto que representa una

evolución en torno a la apreciación de la justicia como una herramienta de aplicación local para convertirse en una verdadera posibilidad universal.

En el *caso d'espèce*, un doctor búlgaro de origen palestino fue acusado de infectar a 393 niños en Libia con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), tras lo cual fue arrestado y tras su juicio, que comenzó en el año 2000, fue sentenciado a muerte en tres ocasiones por distintas instancias judiciales (en 2004, 2006 y 2007). Sin embargo, tras una negociación política, fue liberado y perdonado de los crímenes que se le imputaban. Una vez habiendo partido a los Países Bajos bajo la figura del asilo, comenzó una acción civil en contra del gobierno de Libia, en el que lo acusaba de haber obtenido sus confesiones bajo tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, una de las normas imperativas e inderogables a nivel internacional. Ante la imposibilidad de recurrir a la justicia del país árabe, el doctor El Hagog comenzó un procedimiento civil en los Países Bajos, quienes a la postre ordenaron a las autoridades de dicho país el pago de un millón de euros a manera de reparación. De la misma manera, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encontró en el párrafo 10 de la Comunicación 1755/2008, de 19 de marzo de 2012, que Libia había quebrantado sus obligaciones internacionales en torno a la existencia de un recurso jurídico efectivo y apropiado, así como al derecho que tiene el quejoso de recibir la reparación que corresponda, incluyendo compensación.

Lo anterior es un ejemplo claro de la competencia universal en materia civil, que ha sido igualmente discutida por las partes del caso *Kiobel* referido anteriormente. Mientras que la defensa de Royal Dutch Petroleum y Shell alega que no existe un consenso a nivel internacional sobre la competencia universal en materia civil¹³, lo cierto es que no existe

13 Incluso mencionando que los Estados Unidos de América rechazaron su codificación en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984. Sin embargo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece en su artículo 75.2 que a una persona que ha sido condenada puede ordenársele el pago de las reparaciones correspondientes, por lo que implícitamente se incluye al principio de competencia universal un elemento civil que tiene como objeto la reparación del daño ocasionada por el *actus reus*. Lo anterior

regulación que la permite ni la prohíbe, como incluso fue reconocido por John Ruggie¹⁴, por lo que corresponde a los Estados decidir sobre su existencia y utilización. De la misma forma, algunos terceros extraños al juicio, en calidad de *amicus curiae* (entre ellos la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), han señalado que la ramificación civil es un complemento de la competencia universal en materia penal, y que además se encuentra en la base del principio del derecho a la reparación que gozan las víctimas, el cual es uno de los estandartes principales del derecho internacional de los derechos humanos. En cualquier caso, la sentencia emitida en el caso de *El Hagog Jumaa* es un nítido ejemplo en torno a la existencia de un principio universal sobre reparación, a través de acciones civiles, por lo menos en lo que corresponde a situaciones que tienen como base violaciones del derecho consuetudinario (es decir, de normas *jus cogens*).

Por otra parte, uno de los casos resueltos recientemente ha ilustrado algunos de los puntos discutidos a lo largo del presente artículo. Derivado de la contaminación en Nigeria ocasionada con motivo de las actividades petroleras de Shell en la región, cinco demandas civiles de indemnización a causa de los derrames de petróleo que han ocurrido en el área fueron presentadas por las personas afectadas, de las cuales, una fue resuelta favorablemente para una de las víctimas, Friday Akpan, por los perjuicios sufridos y las pérdidas económicas, así como la afectación de su forma de vida como resultado de los “accidentes”. En este caso, la Corte de Distrito de La Haya determinó que el caso involucraba una adjudicación extraterritorial (ya que de las dos empresas demandadas, Shell Petroleum

fue reiterado en la primera sentencia de la Corte Penal Internacional, en el caso de *Thomas Lubanga* (*Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*, ICC-01/04-01/06, Agosto 7 de 2012, paras. 131, 289.b), donde la Corte consideró que una sanción penal debe ir acompañada de la correspondiente reparación del daño a favor de las víctimas.

14 *Amicus Curiae* de John Ruggie, Philip Alston y la *Global Justice Clinic* de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, No. 10-1491 (Suprema Corte de los EEUU, Junio 12, 2012), p. 3.

Development Company of Nigeria Ltd. Es una filial de nacionalidad nigeriana, mientras que la empresa matriz es británica-holandesa), la afectación a los derechos humanos de las personas con motivo de los daños ocasionados, y esencialmente, la debida diligencia que deben ejercer las empresas en el desarrollo de sus actividades industriales o comerciales, a fin de garantizar que sus operaciones no tengan efectos adversos o contrarios al marco legal vigente.

En torno a la adjudicación extraterritorial, la principal innovación es el hecho de que la empresa, de nacionalidad nigeriana y con escasos vínculos con los Países Bajos, fuera juzgada fuera de su país de origen. Si bien es cierto que la matriz de la empresa, de nacionalidad holandesa, también fue demandada, el hecho de que la filial nigeriana haya sido sentenciada al pago de una indemnización constituye en sí un avance más en cuanto a la competencia universal en materia civil, en virtud de los escasos vínculos con el país que emitió el fallo, y la dificultad para lograr la ejecución de un eventual fallo del sistema judicial de Nigeria. Por otra parte, a pesar de que Shell resaltó que el fallo no constituye un precedente al no haberse encontrado culpable a la matriz, lo anterior marca la pauta para que el sistema judicial holandés sirva como un foro donde puedan ventilarse cuestiones relacionadas a los efectos adversos en los derechos humanos ocurridos en el extranjero¹⁵.

En lo que respecta a la afectación de los derechos humanos, el principal vínculo es en relación a la afectación de la forma de vida de las víctimas. Si bien se trató el caso como una cuestión civil de reparación por los daños y perjuicios sufridos, es innegable que existe un vínculo directo con la afectación por lo menos a sus derechos a la alimentación,

15 A pesar de que el tribunal holandés no encontró culpable a la empresa matriz, el caso de *David Chandler v. Cape Plc.* en el Reino Unido sí constituye un precedente que podría eventualmente resultar importante para Shell, en virtud de su doble nacionalidad. En ese caso, la empresa matriz fue encontrada responsable por haber tenido conocimiento del efecto de los asbestos en la salud de los trabajadores de su filial, y no haber actuado al respecto, es decir, no haber cumplido con su obligación de debida diligencia.

al agua y a la salud, puesto que no pueden desligarse éstos de su forma de vida. De la misma forma, la Corte de Distrito confirmó el principio de la obligación de la observación de una debida diligencia por parte de las empresas, y en particular, del deber de prevención, que se habría actualizado al no hacer todo lo necesario para evitar el “sabotaje” de las instalaciones y oleoductos de la empresa en la región. Por tanto, esa falta en su deber tuvo como efecto la afectación directa de la forma de vida y los derechos humanos de la víctima, lo cual dio origen a su derecho a obtener la reparación correspondiente.

En lo que respecta al carácter no vinculante que tienen las iniciativas internacionales sobre responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, y en particular los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, en definitiva constituye un obstáculo para lograr una adecuada conducta de parte de las empresas, especialmente de las transnacionales. Si bien resultaría hasta cierto punto ingenuo esperar que se logre un acuerdo internacional de naturaleza vinculante tanto para los Estados como para la comunidad empresarial, este obstáculo podría sortearse a través de la implementación nacional de estándares de responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos, a través de legislación y regulación, así como por medio del uso de procedimientos judiciales, con los cuales podría modificarse la creencia de que las empresas no tienen una responsabilidad en la materia, o bien, que en caso de tenerla, esta es solamente nominal, sin que existan posibilidades reales para lograr su implementación. Así, ejemplos como la Ley Dodd-Frank o la actuación de los tribunales holandeses y eventualmente la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Kiobel* podrían confirmar el desarrollo de la cuestión de la responsabilidad corporativa en el área de los derechos humanos, así como los cambios que paulatinamente se han suscitado a nivel internacional a este respecto.

4. Conclusión

Si bien la cuestión de la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos continúa siendo controversial, indudablemente los últimos diez años han visto un desarrollo rápido y diversificado en torno a la manera de enfrentar las eventuales problemáticas que podrían derivarse de la conducta de las empresas y sus efectos en la población. Distintas iniciativas a nivel internacional son clara muestra de que la corriente de pensamiento se orienta en la actualidad a que las empresas no sólo gocen de los beneficios de su constitución como personas morales, sino también cumplan con las responsabilidades que dicha constitución debe conllevar.

Un argumento interesante que debe considerarse es en torno al carácter que tienen los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. La costumbre internacional se encuentra constituida por aquellos métodos y prácticas que los Estados reconocen como legales en un período determinado (*opinio juris*¹⁶), y cuya práctica es uniforme y general a nivel mundial. Teniendo cuenta de lo anterior, debe igualmente considerarse que los Principios Rectores fueron adoptados de manera unánime por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, incluso desde la presentación del Marco para proteger, respetar y remediar de 2008. Lo anterior, precisamente por su unanimidad, podría denotar una creencia establecida y firme a nivel internacional sobre la existencia de por lo menos una responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, que podría eventualmente constituir el elemento de *opinio juris*, ya que de no existir un consenso sobre la cuestión –es decir, una creencia sobre la existencia de esa obligación o, como fue definida por John Ruggie, “responsabilidad”–, difícilmente habría sido adoptada dicha resolución con el respaldo no sólo de la comunidad internacional, sino empresarial y del Consejo de Derechos Humanos.

La práctica de los Estados, especialmente en cuanto a la aplicación e

16 Es una obligación subjetiva, fundada en un sentido o creencia del Estado de estar sujeto a la ley o norma en cuestión.

implementación de los Principios Rectores, seguramente tardará en consolidarse de manera estandarizada. Sin embargo, una vez que esto suceda –si llega a suceder–, tal vez podría estarse en presencia de un fenómeno de conformación de una norma imperativa de carácter consuetudinario a nivel internacional, lo cual daría una fuerza vinculante –distinta a la que gozan actualmente– a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (Deva, 2013; Bernaz, 2012).

Tal vez sea de esta manera, más silenciosa y cauta, que finalmente exista un instrumento a nivel internacional que goce de una verdadera fuerza normativa y que pueda constreñir, por tanto, a aquellos actores que por largo tiempo han buscado ser relegados en cuanto a su subjetividad bajo el derecho internacional, para continuar operando en un área gris que les permite gozar de los beneficios sin tener que cumplir con la responsabilidad que existe aparejada a cada derecho (Simons, 2012).

5. Bibliografía

- Bernaz, Nadia. 2012. Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion? *Journal of Business Ethics*. (2012): 1–19.
- Bilchitz, David. 2010. The Ruggie Framework: An Adequate Rubric for Corporate Human Rights Obligations? *SUR–International Journal on Human Rights* 7 (12): 209–241.
- Bonnitcha, Jonathan. 2012. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: The Implications for Enterprises and Their Lawyers. *The Business and Human Rights Review* (Allen & Overy LLP) 1:14–17.
- Cantú Rivera, Humberto Fernando. 2013a. Empresas y Derechos Humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XIII: 313–354.
- Cantú Rivera, Humberto Fernando. 2013b. Recent Developments in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*: An Important Human Rights Forum in Peril? En *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 28 (en prensa).

- De Frouville, Olivier. 2010. Les mécanismes onusiens de promotion et de protection. En *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, editado por Emmanuel Decaux, 163–183. Bruselas: Bruylant.
- De Schutter, Olivier. 2010. La responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales. En *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, editado por Emmanuel Decaux, 19–100. Bruselas: Bruylant.
- Deva, Surya. 2012a. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies*. En *European Company Law* 9.2: 101–109.
- Deva, Surya. 2012b. *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*. London: Routledge.
- Deva, Surya. 2013. Multinationals, Human Rights and International Law: How to Deal with the Elephant in the Room? Paper presentado en *Glothro Workshop on 'The Direct Human Rights Obligations of Corporations in International Law'*, 17–19 de enero de 2013, Bled, Eslovenia.
- Donovan, Donald Francis y Anthea Roberts. 2006. **The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction**. *American Journal of International Law* 100:142–163.
- Herbel, Peter. 2010. Les attentes des entreprises. En *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme*, editado por Emmanuel Decaux, 149–154. Bruselas: Bruylant
- Koh, Harold Hongju. 2004. Separating Myth From Reality About Corporate Responsibility Litigation. *Journal of International Economic Law* 7: 263–274.
- Latty, Franck. 2010. Actions and Omissions. En *The Law of International Responsibility*, editado por Crawford, James, Alain Pellet y Simon Olleson, 355–363. Oxford: Oxford University Press.
- Nowak, Manfred. 2007. The Need for a World Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 7 (1): 251–259.
- Simons, Penelope. 2012. International Law's Invisible Hand and the Future of Corporate Accountability for Violations of Human Rights. *Journal of Human Rights and the Environment* 3 (1): 5–43.

Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia, *Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte Vs. Albania, Caso del Estrecho de Corfú*, Sentencia de 9 de abril de 1949, p. 23

Corte Internacional de Justicia, *Bosnia y Herzegovina Vs. Serbia y Montenegro, Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*, Sentencia de 26 de febrero de 2007, Párr. 430.

Corte Penal Internacional, *El Fiscal v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión que establece los principios y procedimientos a aplicarse en las reparaciones de 7 de agosto de 2012, ICC-01/04-01/06, Párr. 131, 289.b

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, Párr. 172.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Guerra y otros Vs. Italia*, Fondo y Satisfacción, Sentencia de 19 de febrero de 1998, 14967/89, Párr. 60.