

PLANES DE ACCIÓN NACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: SOBRE LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO INTERNO*

I. INTRODUCCIÓN

A cinco años del respaldo unánime³⁶¹ de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos³⁶² por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, es posible notar una consolidación importante a su alrededor, lo cual ha dado origen a un *ecosistema* o *constelación* internacional sobre responsabilidad empresarial. En el ámbito internacional se discute con mayor frecuencia el impacto de la actividad empresarial en los derechos humanos y el medio ambiente, incluyendo en el cambio climático, así como algunas maneras de medir y prevenirlo;³⁶³ incluso, se ha reconocido esta situación en la agenda de desarrollo sostenible,³⁶⁴ y se ha dado inicio a la discusión sobre la elaboración

* *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVII, 2017.

³⁶¹ Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011).

³⁶² Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

³⁶³ Convención Marco sobre el Cambio Climático, *Aprobación del Acuerdo de París*, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1 (12 de diciembre de 2015), §134; Anexo, Art. 6.8.b); Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/HRC/31/52 (1 de febrero de 2016), §§57, 66.

³⁶⁴ Asamblea General, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015), §67.

de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos.³⁶⁵ Lo mismo sucede en los ámbitos regional³⁶⁶ y nacional, en donde se discuten tanto la elaboración de políticas públicas en la materia — como se verá en este artículo—, como legislación para regular el comportamiento empresarial.³⁶⁷ Aún más, el cambio de paradigma que significan los Principios Rectores ha generado un fuerte impacto en otros ámbitos y organizaciones internacionales, como en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos³⁶⁸ y en la Organización Internacional del Trabajo.³⁶⁹

Igualmente, a cinco años de los Principios Rectores, se ha podido observar el inicio de un movimiento para pasar del discurso a la práctica, tanto en el ámbito gubernamental como en el empresarial. En este último, han surgido iniciativas empresariales y de organizaciones

³⁶⁵ Cantú Rivera, H., '¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2016, pp. 425-460; De Schutter, O., 'Towards a New Treaty on Business and Human Rights', *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, pp. 41-67; López, C. & Shea, B., 'Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session', *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, pp. 111-116; Fasciglione, M., 'Towards a Human Rights Treaty on Transnational Corporations and Other Business Enterprises: The First Session of the UN Open-ended Intergovernmental Working Group', *Diritti umani e diritto internazionale*, No. 3, 2015, pp. 673-681; Bilchitz, D., 'The Necessity for a Business and Human Rights Treaty', *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(2), 2016, pp. 203-227.

³⁶⁶ Cantú Rivera, H., "Regional Approaches in the Business & Human Rights Field", *L'Observateur des Nations-Unies*, Vol. 35, 2013.

³⁶⁷ Tal es el caso de Francia, Suiza, Alemania y los Estados Unidos, en diferentes medidas y ámbitos, aunque particularmente centradas en deberes empresariales de debida diligencia con respecto a los derechos humanos.

³⁶⁸ Cantú Rivera, H., 'La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XV, 2015, pp. 611-658.

³⁶⁹ En la última Conferencia Internacional del Trabajo, uno de los temas más destacados fue justamente el de las cadenas de suministro y las violaciones a derechos laborales que en ellas se dan. Organización Internacional del Trabajo, *Resolución relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro* (10 de junio de 2016).

no gubernamentales para medir el desempeño de las empresas en el desarrollo de instrumentos y políticas que sirvan para prevenir y/o mitigar impactos en los derechos humanos, tratando de impulsarlas hacia una competitividad propositiva en beneficio de los derechos humanos.³⁷⁰ Por el contrario, en el ámbito gubernamental, prácticamente la discusión se ha orientado hacia un indicador único: el desarrollo de Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos (en lo sucesivo ‘Planes de Acción Nacional’ o ‘PANs’). Ha sido tal el interés que ha despertado esta cuestión (y el empuje que ha recibido de los diferentes actores que participan en la discusión global sobre los derechos humanos y las empresas), que prácticamente el avance o retraso que pueda tener un país en esta temática se puede medir con base en el nivel de desarrollo de una política pública en la materia. A la par, distintas organizaciones han emitido recomendaciones sobre metodologías para desarrollar estos planes de acción, con el objetivo de generar proyectos con bases relativamente homogéneas.³⁷¹

³⁷⁰ Hay numerosos ejemplos de lo anterior: desde la primera iniciativa que surgió a mediados de la primera década del 2000 (*Business Leaders Initiative on Human Rights*) para probar la efectividad de las Normas propuestas por la Subcomisión para la promoción y protección de los derechos humanos de la ONU, hasta las empresas que trabajaron con John Ruggie para probar en la práctica los elementos del segundo pilar de los Principios Rectores, sobre la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos a través de la debida diligencia y las evaluaciones de impacto (como Cerrejón en Colombia, o Sakhalin Energy en Rusia), se ha podido observar un aumento en las prácticas empresariales orientadas hacia la sostenibilidad y el respeto a los derechos humanos. Por otra parte, algunas ONG, en conjunto con otros actores, han comenzado igualmente a trabajar con y exigir a las empresas que respeten los derechos humanos, a través del uso de indicadores de evaluación (como es el caso del *Corporate Human Rights Benchmark*) o del desarrollo de metodologías uniformes para la presentación de informes sobre sus acciones para identificar, medir, prevenir y/o mitigar riesgos de impacto a los derechos humanos (tal es el caso del *UNGP Reporting Framework*).

³⁷¹ El ejemplo más significativo a la fecha es el manual de herramientas desarrollado conjuntamente por la Mesa Internacional de Rendición de Cuentas Empresarial (*International Corporate Accountability Roundtable*, o ICAR) y el Instituto Danés de Derechos Humanos: ICAR/DIHR, *National Action Plan on Business and Human Rights: A Toolkit for the Development, Implementation, and Review of State Commitments to Business and Human Rights Frameworks*, 2014.

Como se puede observar, detrás de un gran esfuerzo de la sociedad civil, se están dando pequeños pasos para desarrollar estándares y prácticas corporativas y estatales que permitan un efectivo respeto y una verdadera protección de los derechos humanos.

Sin embargo, llama la atención el particular enfoque en una única manera de desarrollar la temática a nivel estatal, a través de los Planes de Acción Nacional, sobre todo tomando en cuenta el enfoque multicultural de los derechos humanos y el margen de apreciación que de manera general los Estados tienen para implementar sus obligaciones internacionales en la materia. Ante dicha situación, el presente artículo pretende analizar dos cuestiones: en primer lugar, si los Planes de Acción Nacional son herramientas efectivas para que los Estados cumplan con su deber de protección de los derechos humanos, y en segundo término, cuáles son los principales retos a los que se enfrentan los Estados al momento de desarrollar, adoptar y revisar dichas políticas públicas.

A pesar de la poca experiencia existente aún en la materia, acompañada por una todavía incipiente literatura jurídica al respecto (y en particular en lengua hispana, donde la temática no ha sido aún objeto de estudio), el presente artículo utilizará la experiencia de los planes ya adoptados en algunos países del mundo para analizar —tras una breve síntesis para intentar definir lo que son las políticas públicas— el contexto en que se originó y consolidó el movimiento internacional para el desarrollo de Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos. Posteriormente, se revisarán las principales oportunidades y desafíos para instrumentalizar los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos a través de las políticas públicas, haciendo cierto énfasis en los retos procedimentales y sustantivos. Tras ello, se harán breves comentarios sobre la (in) eficacia de los Planes de Acción Nacional como herramientas para la implementación de las obligaciones internacionales del Estado, matizadas al contexto de la actividad empresarial por los Principios Rectores, antes de presentar algunas reflexiones finales.

Antes de comenzar, se presentan dos advertencias al lector: debido a la complejidad, número y potencial actualización al ser políticas gubernamentales, el presente artículo no analizará de forma individualizada los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos que han sido adoptados por algunos países (diez a la fecha de escritura). Por el contrario, el estudio se concentrará en presentar observaciones generales sobre los principales retos y oportunidades que dichas herramientas presentan —desde luego partiendo de la experiencia y resultado de esas diez iniciativas—, a fin de identificar su verdadero potencial como herramientas de cambio a nivel doméstico y de implementación de las obligaciones internacionales de derechos humanos de los Estados. Por otra parte, el presente artículo comparte el resultado de las reflexiones y práctica del autor como miembro de distintas organizaciones y grupos que trabajan en el desarrollo de estándares sobre empresas y derechos humanos, sin que dichas posiciones reflejen necesariamente la postura de dichas organizaciones. Sin más preámbulo, procedemos a realizar un breve análisis introductorio sobre las políticas públicas.

II. BREVES COMENTARIOS SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de comenzar el análisis de la temática principal, hagamos una aclaración conceptual sobre lo que se entiende por políticas públicas,³⁷² así como sobre sus elementos y objetivos. Para Hassenteufel, las políticas públicas combinan dos elementos (por lo menos en lo que respecta a su terminología en inglés), a saber *polity* y *policy*. La primera, *polity*, se refiere a la política en sentido amplio, como una forma de poder que

³⁷² González Tachiquin, M., “El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina”, *Quid Juris*, Vol. 2, 2005, p. 110: “Así pues, una política pública implica el establecimiento de una o más estrategias orientadas a la resolución de problemas públicos así como a la obtención de mayores niveles de bienestar social resultantes de procesos decisionales tomados a través de la coparticipación de gobierno y sociedad civil, en donde se establecen medios, agentes y fines de las acciones a seguir para la obtención de los objetivos señalados.”

legítima el uso de la fuerza pública; la segunda, *policy*, se refiere a la idea de un conjunto de acciones u omisiones motivadas, como base de una decisión racional, llevadas a cabo por un actor colectivo o individual. Combinando ambos elementos, el autor considera que las políticas públicas son entonces la representación de un programa de acción de una o varias autoridades públicas o gubernamentales.³⁷³ Según Hassenteufel, las políticas públicas constan de tres elementos: sus *fundamentos*, es decir, la lógica que les da origen, sin duda derivada de una problemática pública o social que el Estado, dentro de sus funciones y actividades, debe atender; los *instrumentos de acción*, por los cuales los Estados desarrollan las acciones necesarias para atender la problemática; y finalmente, el *público* sobre el que se ejerce la acción.³⁷⁴

Otros dos autores franceses, Mény y Thoenig, consideran que las políticas públicas tienen cinco elementos: un conjunto de medidas concretas que dan sustancia a la política; la toma de decisiones en mayor o menor grado autoritarias; un marco general de acción, es decir, un programa integral y coherente para atacar un problema específico; un público al que la política va dirigida, y finalmente, una serie de metas u objetivos a cumplir o satisfacer.³⁷⁵ El objetivo de esos cinco elementos conjugados se vuelve, por consecuencia, la resolución de una problemática a través de acciones concretas del Estado.³⁷⁶ Para Vázquez y Delaplace, las políticas públicas buscan “encarar y resolver un problema público de forma racional a través de un proceso de acciones gubernamentales.”³⁷⁷ Para lograr tal resultado, las políticas públicas deben pasar por ciclos permanentes y continuados de análisis, implementación y evaluación,³⁷⁸ a fin de intentar resolver los problemas que aparecen en una sociedad determinada.

³⁷³ Hassenteufel, P., *Sociologie politique: l'action publique*, 2ª ed., París, Armand Colin, 2014, p. 7.

³⁷⁴ *Ibid.*, 9.

³⁷⁵ Mény, Y. y Thoenig, J.C., *Politiques publiques*, París, P.U.F., 1989.

³⁷⁶ Muller, P., *Les politiques publiques*, 10ª ed., París, P.U.F., 2013, p. 25.

³⁷⁷ Vázquez, D. y Delaplace, D., “Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos: Un campo en construcción”, *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 14, 2011, p. 36.

³⁷⁸ *Ibid.* Según los autores, “El ciclo está conformado por siete procesos: entrada del problema a la agenda pública, estructuración del problema, set o diseño de las soluciones posibles, el

Volviendo a Hassenteufel, existen varios tipos de políticas públicas —de entre las cuales valdrá la pena retener la noción de *política pública incitativa*, por ser cercana a la temática central de este artículo—,³⁷⁹ que permiten categorizar de forma amplia las distintas actividades que el Estado decide desarrollar en su soberano funcionamiento. Es en este momento donde cabe formular una pregunta importante: ¿entonces la política pública, vista como una expresión de la autoridad y soberanía del Estado para atender una problemática particular a través de instrumentos específicamente diseñados para tal fin, implica únicamente la participación de los funcionarios públicos para la resolución de dicha problemática? Una respuesta clásica es formulada por Muller, quien señala que si bien no todos los participantes en el diseño, ejecución y evaluación de una política son funcionarios públicos, estos son la principal base participativa en sus distintos ciclos.³⁸⁰

Aquí conviene hacer otro breve paréntesis: desde el inicio de los estudios de las políticas públicas, estas se consideraron como instrumentos o programas diseñados para resolver problemáticas ligadas a un territorio y población, es decir, partiendo de la base de los elementos de un Estado. Sin embargo, la globalización ha llevado a que

análisis de los puntos a favor y en contra de las mismas, la toma de decisión, la implementación y la evaluación.” Sin embargo, añaden: “Hoy sabemos que el proceso de PP puede seguir estos pasos, pero no siempre y no necesariamente es así, en más de un caso los eslabones se empalman y el proceso se convierte en un dubitativo paso a paso.”

³⁷⁹ Hassenteufel, P., *op. cit.*, pp. 10-12: según el autor, existen políticas reglamentarias (que obligan a sus destinatarios); políticas distributivas (que facultan a los individuos que cumplen de ciertas condiciones a beneficiarse de alguna acción pública particular); políticas redistributivas (que establecen reglas específicas para un grupo determinado, quienes se pueden beneficiar de la acción pública si cumplen determinados criterios); políticas constitutivas (que por lo general establecen procedimientos que los destinatarios deben seguir); y finalmente, políticas incitativas, en donde se reconoce que no necesariamente corresponden a un contenido específico o claro, y al tener una dimensión simbólica, pueden constituirse por informes, discursos públicos o medidas organizacionales que no necesariamente buscan una toma de decisiones concretas, sino actuar en torno a la representación de un problema y mostrar que los funcionarios están preocupados por un desafío o problemática particular.

³⁸⁰ Muller, P., *op. cit.*, p. 36.

las problemáticas locales se difuminen —o más bien, se expandan—, convirtiéndose en muchos casos en situaciones regionales o mundiales, que ya no necesariamente están ligadas a un territorio específico, sino más bien a sectores productivos o sociales íntimamente ligados entre sí, y que no necesariamente obedecen a fronteras políticas o territoriales. Así, al estar frente a problemáticas sectoriales, los Estados deben desarrollar respuestas transversales —tanto material como políticamente— que les permitan atender esas cuestiones en los diferentes sectores productivos o sociales.³⁸¹

Para Hassenteufel, la globalización económica ha llevado justamente a transitar de políticas públicas nacionales —adoptadas por administraciones públicas locales o nacionales democráticamente electas— hacia políticas públicas transnacionales —determinadas en contextos multilaterales o regionales, usualmente por élites tecnocráticas—,³⁸² que se definen como “el conjunto de programas de acción reivindicados por autoridades públicas, que tienen por objeto producir efectos que rebasen el marco de un territorio nacional.”³⁸³ Así como esta situación ha llevado a que las soluciones propuestas para atender ciertas problemáticas transfronterizas se hagan fuera de un marco territorial determinado, también ha implicado una mayor presencia de actores no estatales, como organizaciones no gubernamentales o empresas con operaciones transnacionales, con sus correspondientes efectos e intereses en la definición y adopción de las políticas públicas.³⁸⁴ Debido a esta situación, podemos constatar una democratización en la elaboración de dichas políticas, que escapa del control del Estado y

³⁸¹ En efecto, Muller señala que las administraciones públicas deben volverse cada vez más especializadas para poder construir los instrumentos adecuados que permitan a las políticas públicas ser efectivas. Muller, P., *op. cit.*, p. 11.

³⁸² Hassenteufel, P., *op. cit.*, pp. 17-20.

³⁸³ Petiteville, F. y Smith, A., “Analyser les politiques publiques internationales”, *Revue française de science politique*, Vol. 56(3), 2006, p. 362. La traducción es nuestra.

³⁸⁴ Hassenteufel, P., *op. cit.*, p. 19, quien señala que dichas interacciones transfronterizas son cada vez menos controladas por los Estados, debido a la relevancia que han tomado algunos actores transnacionales, como las ONGs, las empresas o los expertos, en dichos procesos.

que al ser plural, en teoría debe facilitar el diseño y ejecución de instrumentos hechos a la medida para resolver un problema complejo.

Si bien no se pretende utilizar el presente artículo como un escaparate para desarrollar argumentos que no necesariamente están directamente vinculados al derecho internacional, es pertinente esbozar estos comentarios para dar un mayor contexto al tema que se atenderá, debido en particular a la insistencia de John Ruggie, en su mandato como Representante Especial sobre empresas y derechos humanos, de que los Estados utilicen la totalidad de recursos jurídico-administrativos disponibles para proteger los derechos humanos frente a la actividad empresarial.³⁸⁵ En ese sentido, la prominencia de estas herramientas políticas como elementos potenciales para la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno, llaman no sólo a un análisis detallado de dicha polinización cruzada, sino incluso a considerar la trascendencia de enfocar el estudio en elementos de la acción pública distintos a la normatividad y su interpretación en el ámbito judicial.

Por lo pronto, tomando en consideración las breves observaciones que se hicieron en las páginas precedentes respecto a los elementos, objetivos y evolución de las políticas públicas, para el propósito de este artículo estas se entenderán como el conjunto de acciones, medidas e instrumentos adoptados por la administración pública —es decir, excluyendo a los órganos legislativos y judiciales—, a través de procesos cíclicos de diseño, implementación y evaluación, para atacar y (buscar) dar respuesta a una problemática social, jurídica y/o económica. Partiendo de esta base, pasamos, ahora sí, a analizar el contexto en que aparecen los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos en la esfera internacional.

³⁸⁵ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), §§18-22.

III. LA APARICIÓN DE LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO INTERNACIONAL

La utilización de Planes de Acción Nacional como herramientas de los Estados para poner en práctica y satisfacer sus obligaciones internacionales no es una cuestión que haya aparecido en el contexto de la discusión sobre las responsabilidades empresariales en el ámbito de los derechos humanos. Al contrario, la práctica se remonta por lo menos a 1993, cuando en el marco de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos —donde se adoptó la Declaración y Programa de Acción de Viena—³⁸⁶ se estipuló que los Estados deberían adoptar tales proyectos para reforzar la promoción y protección de los derechos humanos.³⁸⁷

En el ámbito de la responsabilidad empresarial, el llamado a desarrollar estos proyectos surgió en el año 2011, cuando la Comisión Europea urgió a los Estados a adoptar Planes de Acción Nacional para implementar los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos a través de su Comunicación 681, titulada *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*.³⁸⁸ Si bien el documento contiene un enfoque particularmente centrado en la responsabilidad social empresarial —mismo que hemos criticado y diferenciado de la temática de empresas y derechos humanos en otro momento—,³⁸⁹ el hecho de que haya pro-

³⁸⁶ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Viena* (25 de junio de 1993), §71.

³⁸⁷ Asamblea General, *Conferencia mundial de derechos humanos*, A/RES/48/121 (20 de diciembre de 1993).

³⁸⁸ Comisión Europea, *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM/2011/681/FINAL (25 de octubre de 2011), §4.8.2.

³⁸⁹ Sobre esta diferenciación, véanse Cantú Rivera, H.F., “Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 325-331; Ramasastry, A., “Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability”, *Journal of Human Rights*, Vol. 14(2), 2015, pp. 237-259.

puesto el desarrollo de planes nacionales fue un parteaguas importante para guiar la actividad de los Estados, hasta ese momento incierta, en torno a la utilización de distintos elementos de su actividad para establecer directrices claras en la materia. Esta medida de la Comisión Europea fue eventualmente secundada por el Consejo de la Unión Europea, que en el año 2012 incluyó dichas medidas en su *Marco Estratégico y Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia de la Unión Europea*,³⁹⁰ designando como plazo para que los Estados europeos desarrollaran sus estrategias de implementación el año 2013. Sin embargo, a esa fecha de vencimiento, sólo el Reino Unido y los Países Bajos habían publicado sus respectivos Planes de Acción Nacional; a la fecha de escribir este texto, el número de Estados europeos que han adoptado tales estrategias continúa siendo relativamente bajo, al sólo haber siete planes de acción formalmente adoptados,³⁹¹ con otros nueve países de la región trabajando hacia ese mismo objetivo.

En seguimiento tanto a la Comunicación 681 de la Comisión como al *Marco Estratégico y Plan de Acción* del Consejo de la Unión Europea, ambos órganos han refrendado la necesidad de continuar trabajando la cuestión de las empresas y los derechos humanos, notablemente a través del desarrollo y adopción de Planes de Acción Nacional, en sus estrategias de seguimiento. Así, la Comisión Europea incluye en su *Plan de Acción para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019)* un llamado a desarrollar e implementar Planes de Acción Nacional para la implementación de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos en los

³⁹⁰ Consejo de la Unión Europea, *Marco Estratégico y Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia de la UE*, Doc. 11855/12 (25 de junio de 2012), §25.(c).

³⁹¹ Los Planes de Acción Nacional de España e Italia no han sido formalmente aceptados, debido a obstáculos políticos en sus respectivos ámbitos gubernamentales. Por otra parte, el Reino Unido ya ha publicado una versión revisada de su Plan de Acción Nacional, siendo el único país en haber llevado tal procedimiento. En cuanto al resto de países que han desarrollado un plan de acción, estos son Dinamarca, Finlandia, Lituania, Suecia y Noruega, además de los ya mencionados Reino Unido y Países Bajos.

Estados miembros antes del 2017,³⁹² mientras que el Consejo de la Unión Europea hace un doble llamado, tanto a los Estados miembros como respecto de sus socios en otras regiones, a continuar con ese mismo trabajo para el desarrollo de políticas públicas en la materia.³⁹³

La proactividad de la región europea sin duda influyó en la actividad del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos,³⁹⁴ que en su informe de 2012 hizo un llamado a desarrollar planes nacionales para la implementación de los Principios Rectores,³⁹⁵ mientras que en el 2014 presentó su informe a la Asamblea General de la ONU justamente analizando la cuestión de los Planes de Acción Nacional y los elementos que éstos deben contener.³⁹⁶ Una problemática importante era que hasta entonces no había una dimensión clara sobre lo que implican los Planes de Acción Nacional en el contexto de la responsabilidad empresarial, a lo que el Grupo de Trabajo respondió señalando que su “propósito fundamen-

³⁹² Comisión Europea, *Plan de Acción para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019): “Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE”,* JOIN(2015) 16 final, §17.b.

³⁹³ Consejo de la Unión Europea, *Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia (2015-2019)*, Doc. 10897/15 (20 de julio del 2015), §18.a, c.

³⁹⁴ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Resultados del segundo periodo de sesiones del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/WG.12/2/1 (7 de junio de 2012), §2, en donde el Grupo de Trabajo de la ONU informa que tras haber participado en una conferencia de expertos de la Unión Europea sobre empresas y derechos humanos previo a su período de sesiones, acogió positivamente la propuesta de la formulación de planes nacionales para aplicar los Principios Rectores en los Estados miembros.

³⁹⁵ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/20/29 (10 de abril de 2012), §68: “El Grupo de Trabajo alentará los esfuerzos de aplicación... por ejemplo promoviendo la creación de planes nacionales de acción y programas de fomento de la capacidad relacionados con la aplicación.”

³⁹⁶ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/69/263 (5 de agosto de 2014).

tal... es prevenir las violaciones de los derechos humanos por las empresas y reforzar la protección contra ellas mediante un proceso inclusivo en el cual se determinen las necesidades y las deficiencias, junto con las medidas prácticas y viables, y los objetivos.”³⁹⁷ En el mismo sentido, se señala en el informe que “los Estados hacen balance de las medidas que ya tienen en marcha para aplicar los Principios Rectores y determinan las carencias que exigen nuevas medidas normativas a esos efectos.”³⁹⁸ En principio, la lógica detrás de los Planes de Acción Nacional se centra en todas las medidas y proyectos que los Estados deben desarrollar para cubrir las lagunas reglamentarias, legislativas y de política pública que propician la existencia de zonas grises, debido a las cuales, de forma voluntaria o involuntaria, las empresas generan impactos negativos en los derechos humanos.

La clarificación hecha por el Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos sobre lo que se espera de los Planes de Acción Nacional, así como una serie de consultas multiactor (*multistakeholder* en inglés) que se desarrollaron tanto de forma previa como posterior a la presentación del informe, han generado un incremento en la atención a esta temática, que incluso se ha extendido a otras regiones del mundo. En el caso del continente americano, la Organización de Estados Americanos (OEA) comenzó a considerar la temática de la responsabilidad empresarial en el ámbito de los derechos humanos en el 2014,³⁹⁹ aunque el tema de los Planes de Acción Nacional no formó parte de la agenda formalmente sino hasta el 2016, al solicitar en el marco de una resolución⁴⁰⁰ que la Secretaría General, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral colaboren en el marco de sus

³⁹⁷ *Ibid.*, §2.

³⁹⁸ *Ibid.*, §6.

³⁹⁹ Asamblea General, *Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial*, AG/RES.2840 (XLIV-O/14) (4 de junio de 2014).

⁴⁰⁰ Asamblea General, *Promoción y protección de los derechos humanos*, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) (14 de junio de 2016).

atribuciones para el desarrollo de estándares en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, incluyendo *inter alia* a través del desarrollo de Planes de Acción Nacional como una forma de implementar los Principios Rectores.⁴⁰¹

Si bien el desarrollo de estos instrumentos ha sido relativamente lento, su discusión en el seno gubernamental de los distintos Estados comenzó a avanzar más rápidamente tras la adopción de la resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre el inicio de las discusiones y trabajos en vista de la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en la materia,⁴⁰² en junio de 2014. De cierta forma, el hecho de que los Estados se hayan visto confrontados a una eventual (y posible) regulación jurídica internacional en cuanto a la actividad empresarial y sus impactos en los derechos humanos ha generado una presión suficientemente fuerte para avanzar en el desarrollo de estos programas públicos, posiblemente como forma de justificar que no es necesario establecer otro marco convencional,⁴⁰³ y de reforzar la aproximación jurídicamente flexible que constituyen los Principios Rectores a través de mecanismos de implementación.

El Grupo de Trabajo señala en su informe la importancia de que los Planes de Acción Nacional no sólo sean vistos como estrategias públicas que orienten la acción del Estado a colmar las lagunas legislativas, reglamentarias o prácticas existentes, sino también como una especie de guía o forma de interacción con las empresas para que estas cumplan con sus propias responsabilidades.⁴⁰⁴ En ese sentido, propone

⁴⁰¹ *Ibid.*, §I.ii.3.

⁴⁰² Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014).

⁴⁰³ Una clara muestra de lo anterior es la insistencia de la Delegación de la Unión Europea durante la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de incluir un panel sobre los avances en la implementación de los Principios Rectores, cuyo objetivo fue resaltar la idoneidad de los Planes de Acción Nacional; sobre este punto, véase Cantú Rivera, H., '¿Hacia un tratado internacional...', *op. cit.*, pp. 449-452.

⁴⁰⁴ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/69/263 (5 de agosto de 2014), §33.

por una parte una coherencia vertical en torno a aquellos instrumentos públicos que sirven al Estado para cumplir su función de garante de los derechos humanos, y por la otra, una coherencia horizontal respecto a los distintos actores (estatales y no estatales) que intervienen en la regulación de las empresas, independientemente de que estas sean de capital (total o mayoritariamente) público o privado, incluyendo en cuanto al uso de la debida diligencia en materia de derechos humanos.⁴⁰⁵

El informe también identifica particularmente las áreas en las que los Estados pueden trabajar para fomentar una mayor prevención de impactos negativos sobre los derechos humanos, notablemente a través de los Pilares I y III de los Principios Rectores, aunque también identifica interesantes áreas de oportunidad en cuanto al Pilar II, en especial a través de un enfoque informativo y de guía a las empresas sobre cómo satisfacer su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

En lo que respecta al Pilar I, sobre el deber estatal de proteger los derechos humanos, se señala que los Planes de Acción Nacional son instrumentos adecuados para determinar las obligaciones del Estado tanto frente a las empresas de propiedad estatal o controladas por éste, como de las empresas privadas.⁴⁰⁶ De forma general, se identifican cuatro medidas cuya inclusión en los planes de acción es relevante para que el Estado cumpla con su deber de protección: en primer lugar, el señalar de forma clara la expectativa existente sobre el comportamiento empresarial; en segundo lugar, las formas en que el Estado puede apoyar a las empresas a implementar y desarrollar su responsabilidad de respeto a los derechos humanos; en tercer lugar, la importancia de que el Estado ofrezca incentivos a las empresas para que respeten los derechos humanos; y finalmente, sobre la importancia de la adaptación o desarrollo de normas jurídicas internas, particularmente siguiendo una “combinación inteligente” que permita que las empresas puedan ser reguladas de forma efectiva por los Estados.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, §§37-39.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, §44.

En cuanto a esta última cuestión, destacan las leyes y normatividad en materia laboral, así como medidas normativas que faciliten tanto la presentación de informes como la gestión en materia de derechos humanos —a través de la debida diligencia— por las empresas, incluyendo respecto a la potencial extensión o alcance extraterritorial de dichas medidas. Por último, el análisis del Grupo de Trabajo señala la importancia de incluir cláusulas de protección a los derechos humanos en los acuerdos económicos (en materia de comercio o inversión extranjera) que se concluyan con otros Estados o con empresas, a fin de asegurarse que se mantenga un margen de regulación apropiado para que se pueda cumplir simultáneamente con las obligaciones de derechos humanos y comerciales o en materia de inversión.⁴⁰⁷

Por otra parte, en cuanto al Pilar III, el informe del Grupo de Trabajo señala que el Estado debe abordar todos los mecanismos que puedan proveer reparación a las víctimas, tanto judiciales como extrajudiciales o no estatales. En cuanto a los primeros, se identifica la necesidad de reducir los obstáculos (jurídicos o prácticos) para acceder a la reparación por parte de las potenciales víctimas, así como aclarar y analizar la aplicación de la jurisdicción extraterritorial ante una posible denegación de justicia, en especial en el *loci delictii*, es decir, en el lugar donde se cometió el daño; finalmente, se propone analizar la responsabilidad de las empresas matrices por los actos de sus filiales, situación conocida como “levantamiento del velo corporativo”.⁴⁰⁸ En cuanto a los mecanismos extrajudiciales, el informe señala la trascendencia de que instancias como los Puntos de Contacto Nacional de la OCDE o las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos puedan superar los obstáculos jurídicos, técnicos, financieros o de otro tipo para, en el ámbito de sus respectivas competen-

⁴⁰⁷ *Ibid.*, §§44-62.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, §§68-70.

cias, garantizar otra medida de acceso a la reparación para las víctimas. Por último, se hace mención de la importancia de que las empresas cuenten con mecanismos internos, o bien que participen en mecanismos externos, para facilitar una identificación temprana de potenciales riesgos, a fin de prevenir su desarrollo.⁴⁰⁹

Respecto a los retos, el informe del Grupo de Trabajo señala que los países del Sur Global necesitan adaptar los Planes de Acción Nacional a sus necesidades, al no enfrentar las mismas problemáticas que los países desarrollados en cuanto al control e impacto de las empresas. En sí, se reconoce igualmente que las deliberaciones que tengan lugar en el marco del proyecto de tratado sobre responsabilidad empresarial resaltarán la importancia que tienen dichos programas de política pública, así como su posible efectividad para tratar los distintos aspectos que caen dentro de la responsabilidad del Estado de proteger los derechos humanos.⁴¹⁰

De forma general, se puede subrayar la atención que este enfoque en las políticas públicas ha atraído en la comunidad internacional de Estados, en las empresas y en numerosos otros actores, al ser una herramienta práctica para que los Estados, de forma colaborativa con otras partes interesadas, identifiquen posibles riesgos y/o lagunas en el marco de la responsabilidad empresarial y tomen medidas para colmarlas. Sin embargo, al ser un tipo de instrumento que no necesariamente se ha vinculado de forma tradicional con el derecho internacional y su aplicación,⁴¹¹ aparecen algunos desafíos que pueden

⁴⁰⁹ *Ibid.*, §§71-72.

⁴¹⁰ *Ibid.*, §§81-87.

⁴¹¹ Por lo menos en el campo de los derechos humanos, la visibilidad de las políticas públicas como instrumentos para la implementación del derecho internacional en el ámbito interno ha sido limitada; la mayoría de la literatura del derecho internacional (incluyendo de derechos humanos) aborda únicamente la función judicial y la transposición de las normas internacionales en la legislación. Sin embargo, algunos ejemplos recientes denotan un posible interés por esta aproximación: Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, Resolutivo 14. Por otra parte, el derecho ambiental in-

generar interrogantes sobre la verdadera necesidad de contar con estos Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos, particularmente frente a otras formas de acción del Estado mediante las que desdobra sus obligaciones internacionales en el plano interno.

IV. OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS PARA LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES A TRAVÉS DE LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONAL

La sección anterior, dedicada especialmente a describir el desarrollo de los Planes de Acción Nacional desde la perspectiva de la práctica de diversas organizaciones internacionales y regionales, identificó algunos de los aspectos que en particular el Grupo de Trabajo de la ONU sobre los derechos humanos y las empresas ha señalado como relevantes para los Estados en el diseño y desarrollo de dichas políticas públicas. Esta sección, por el contrario, buscará presentar de forma concisa algunas reflexiones sobre las oportunidades y desafíos a los que se enfrentan los planes de acción, al tratar de implementar las correspondientes responsabilidades tanto de Estados como de empresas a través de las políticas públicas.

Una de las grandes promesas de esta iniciativa es que el desarrollo y la adopción de Planes de Acción Nacional por los Estados representa una excelente oportunidad para generar coherencia y sinergia horizontal entre los distintos órganos gubernamentales a cargo de la regulación empresarial, facilitando el involucramiento de las distintas instancias públicas y, por consecuencia, mayor conocimiento y convencimiento sobre la necesidad de regular de forma coordinada y apropiada la actividad empresarial, en vista de prevenir impactos negativos

ternacional podría ser una interesante excepción, donde en ocasiones se define la utilización de cierto tipo de instrumentos para la implementación de las obligaciones internacionales del Estado en su ámbito interno. Para un análisis sobre lo anterior, véase Stewart, R.B., "Instrument Choice" en Bodansky, D., Brunnée, J. y Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 168-172.

en los derechos humanos. Algunos insisten incluso que este ejercicio permite también un alineamiento vertical de la legislación, regulación y políticas estatales con los Principios Rectores,⁴¹² aunque a la fecha los ejemplos existentes no han abordado o tenido éxito en este aspecto.

Sin embargo, como lo reconocen implícitamente De Felice y Graf,⁴¹³ esta afirmación puede resultar engañosa o por lo menos excesivamente esperanzadora, ya que cada Estado sigue diferentes formas y procedimientos, y su estructura no necesariamente permitirá la existencia de condiciones para generar esa coherencia o unidad horizontal. Tal es el caso de los Estados federales, en donde la fragmentación de las facultades, atribuciones, competencias y jurisdicciones representa un reto singular debido a la compleja distribución administrativa, sin mencionar las distintas esferas político-económicas que pueden estar a favor o en contra de alguna política determinada en los diferentes niveles de gobierno, e influir en su desarrollo hacia un sentido determinado. Sin embargo, se puede señalar también que por lo menos el desarrollo de estos procesos puede alertar a las diferentes unidades de la administración pública sobre la existencia de los Principios Rectores, lo cual indudablemente es un primer paso requerido para generar el ambiente político-administrativo necesario para desarrollar este tipo de proyectos.

Un segundo aspecto que resalta en esta temática es la cuestión de los efectos, notablemente en el ámbito jurídico interno, que la adop-

⁴¹² O'Brien, C. M. *et al.*, "National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool", *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, p. 117.

⁴¹³ De Felice, D. y Graf, A., "The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 7(1), 2015, p. 47: "Coordination among different government actors is one of the most daunting challenges in the implementation of human rights, be it at the state level in federal countries... or with respect to specific bureaucratic units... The consequence is that compliance with human rights norms is favoured by a certain degree of centralization of decision making and implementation..."

ción de un Plan de Acción Nacional puede generar. O'Brien y otros autores señalan, por ejemplo, que las políticas públicas sobre derechos humanos y empresas desarrolladas por los distintos Estados han tenido un carácter particularmente declarativo⁴¹⁴ a la fecha, constataando el *status quo* imperante en cada país respecto a las diferentes cuestiones que pueden ser relevantes por el impacto potencial de las empresas, y sin proponer las medidas necesarias para garantizar que el marco jurídico y político sea apropiado para facilitar una regulación efectiva de la conducta empresarial.⁴¹⁵ Sin embargo, es notable la ausencia generalizada de indicadores, tanto de cumplimiento como temporales, para medir la efectiva implementación de las distintas líneas de trabajo proyectadas por los órganos encargados de su desarrollo.

Esto deja entrever dos situaciones: en primer lugar, la posible creación de estas políticas públicas con el mero objetivo de unirse a una tendencia global que se ha caracterizado por su relativa estridencia, mas no así por su implementación práctica; y en segundo lugar, que debido a su carácter de política pública, destinada a coordinar la acción de la administración pública hacia un fin determinado, permite a los Estados escapar de la coerción que podrían implicar otras medidas de derecho interno o internacional.⁴¹⁶ En realidad, los Planes de

⁴¹⁴ O'Brien, C.M. *et al.*, *op. cit.*, p. 118.

⁴¹⁵ Es sorprendente que no se discutan con mayor regularidad las dificultades inherentes que la separación de poderes implicarían para esta cuestión. La adopción de políticas públicas y de legislación son funciones completamente independientes en los Estados, y en muchas ocasiones rodeadas de antagonismo entre los diferentes actores que participan en cada una de las ramas. Por ello, la adopción de un Plan Nacional de Acción, o incluso la previsión de la necesidad de reformas legales para cubrir las lagunas jurídicas que se detecten como resultado del diagnóstico de línea base, no implican que una reforma legislativa pueda (o vaya) a suceder.

⁴¹⁶ Desde luego, no escapa a nuestra atención el hecho de que aún los instrumentos convencionales de derechos humanos (así como la legislación y regulación nacional) pueden ser herramientas insuficientes ante la falta de voluntad política para implementarlos en el ámbito interno, que es un mal desafortunadamente presente en una gran mayoría de Estados. Sin embargo, la relativa especificidad del contenido de los instrumentos internacionales, aparejado con la obligatoriedad de adoptar medidas de derecho interno para hacerlo efectivo, son

Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos se han convertido en un instrumento de *soft power* (o incluso de *smart power*),⁴¹⁷ más adecuado y relacionado con las relaciones internacionales que con el derecho internacional, que permite sin duda generar vínculos y acciones coordinadas bajo una lógica voluntaria, pero que no constriñe al Estado a una actuación particular.⁴¹⁸ Por ello, de cierta manera los PAN se convierten en instrumentos de coordinación intragubernamental que buscan alcanzar un objetivo político o administrativo, sin generar necesariamente obligaciones jurídicas para terceros (en este caso, las empresas), lo cual, desde luego, limita su funcionamiento, al convertirse en directivas de conducta u orientación de la administración pública.⁴¹⁹

Otro importante aspecto relacionado a la elaboración de las políticas públicas es justamente su vinculación a ciclos políticos, lo cual

ingredientes que a nuestro juicio podrían generar obligaciones y responsabilidades claras, y eventualmente servir de apoyo para las víctimas en procedimientos judiciales que se inicien en la búsqueda de reparación.

⁴¹⁷ Nye, J.S., “Hard, Soft, and Smart Power” en Cooper, A.F., Heine, J. y Thakur, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 563-565, donde el autor define al *soft power* como un método que combina la atracción y la persuasión en la consecución de objetivos, y cuya estrategia debe estar basado en componentes de información y comunicación. Por el contrario, el *smart power* se define como estrategias que combinan de forma exitosa los recursos de *hard* y *soft power* en contextos diferentes. Véase también Changhe, S., “Soft Power” en Cooper, A.F., Heine, J. y Thakur, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁴¹⁸ O’Brien, C.M. *et al.*, *op. cit.*, p. 118; De Felice, D. y Graf, A., *op. cit.*, p. 44: “The production of a government strategy does not coerce governments to take action, nor does it create transnational links between domestic and international actors.”

⁴¹⁹ Ciertamente, esta cuestión depende del sistema político, constitucional y administrativo de cada Estado, que podría establecer obligaciones para terceros en el marco de una política pública. Cf. Chuayffet Chemor, E., *Derecho administrativo*, México, UNAM, 1981, p. 58: “Todos los planes [de desarrollo] expedidos hasta ahora, insisten en su carácter obligatorio para la administración pública y meramente “indicativo” para los particulares. Sin embargo, cabe imaginar que una gestión administrativa más decidida y enérgica, obligaría al sector privado a través de los planes, y no buscaría simplemente su “acción concertada.” La necesidad de que se desprenda reglamentación o actos administrativos de la política pública sería una señal de que, como tal, ella no podría generar efectos jurídicos directos, necesitando de otros instrumentos para dicho fin.

puede implicar que en una transición gubernamental, las prioridades de la agenda pública cambien, y por tanto se pierdan los avances logrados a través de la elaboración de los planes de acción. Ante dicha situación, se convierte en una necesidad la inclusión de las disposiciones esenciales que dan forma y fondo a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en la legislación y reglamentación nacional de los países, lo cual desde luego podría ocurrir dentro del marco del desarrollo de un Plan de Acción Nacional, si adoptando una postura amplia se facilita la participación de los tres poderes del Estado, incluyendo a la legislatura,⁴²⁰ a fin de que ello genere la inercia necesaria para proponer reformas o adiciones legislativas que permitan colmar las lagunas jurídicas que eximen a las empresas de su responsabilidad en materia de derechos humanos. La sobrevaloración de los potenciales efectos e impactos que una política pública puede generar desafortunadamente puede llevar a espejismos que inhiban la verdadera efectividad de la iniciativa política,⁴²¹ por tanto, será sumamente importante que los Estados no se concentren exclusivamente en el desarrollo de planes de acción, sino en un enfoque integral⁴²² que permita la adaptación del marco normativo y político a nivel doméstico para que, como señala Surya Deva, se utilice plenamente una regulación integral de las empresas en el ámbito de los derechos humanos.⁴²³

⁴²⁰ O'Brien, C.M. *et al.*, *op. cit.*, p. 125.

⁴²¹ En efecto, el Grupo de Trabajo ha subrayado la importancia de “mejorar los marcos de políticas, legislativo y reglamentario nacionales a fin de prevenir las violaciones de los derechos humanos y proteger contra ellas.” Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/69/263 (5 de agosto de 2014), §7.e).

⁴²² Es decir, de políticas públicas, legislación, regulación y mecanismos voluntarios (como códigos de conducta o instrumentos definidos a nivel industria) para que tanto Estados como empresas cumplan con sus respectivas responsabilidades.

⁴²³ Deva, S., *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012, pp. 176-200; O'Brien, C.M. *et al.*, *op. cit.*, p. 122: “...if NAPs commit only

Es pertinente también señalar algunos aspectos trascendentales para la efectividad de las iniciativas políticas en materia de derechos humanos y empresas, sobre todo en relación al tercer pilar de los Principios Rectores, orientado a la cuestión de la remediación o reparación de los impactos negativos, que desafortunadamente no ha sido atendido de forma apropiada en los Planes de Acción Nacional adoptados hasta la fecha. Las judicaturas juegan un papel sumamente relevante para la determinación de los derechos y obligaciones que en los casos concretos tienen tanto las alegadas víctimas como las empresas.⁴²⁴ De la misma forma que en el ámbito legislativo, la participación de representantes del ámbito judicial en la planeación, desarrollo e implementación de los planes de acción es necesaria, a fin de generar consciencia sobre la existencia y relevancia de los Principios Rectores como elementos de orientación para la determinación de las obligaciones y responsabilidades de las partes en un conflicto judicial.

Desde luego, la utilización de los Principios Rectores no necesariamente implicará que las empresas sean sancionadas en todos los casos en que las víctimas de abusos de derechos humanos aleguen la responsabilidad de aquéllas;⁴²⁵ sin embargo, sí permitirá a las distintas instituciones identificar lagunas o áreas de oportunidad en las que se pueda trabajar para lograr un acceso a la justicia más eficaz y, sobre

to 'voluntary' approaches, and not 'hard law' or 'regulatory' ones, it is unlikely they will achieve the regulatory 'smart mix' needed to deliver change on the ground."

⁴²⁴ Incluso podrían tener un rol importante en la construcción del régimen de obligaciones empresariales en materia de derechos humanos a nivel doméstico —y eventualmente a nivel internacional—, particularmente en aquellos países de derecho común que utilizan el sistema de precedentes, al poder crear "normas" a través de la interpretación judicial (*judicial law-making function*). Sin embargo, en los sistemas de tradición civilista la interpretación genera principalmente efectos *inter partes*, y no necesariamente hacia terceros de forma directa, aunque desde luego eso está sujeto a cada sistema jurídico y a la posibilidad de que la sentencia se convierta en una fuente de derecho que genere efectos jurídicos generales.

⁴²⁵ Decaux, E., "Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales" en Daugareilh, I. (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruselas, Bruylant, 2010, p. 473.

todo, equitativo.⁴²⁶ En este aspecto, los Planes de Acción Nacional pueden ser instrumentos idóneos para fortalecer la capacidad de las defensorías públicas, particularmente en atención al desequilibrio que usualmente existe entre las partes y sus representantes legales, en particular en materia económica; así, el acceso a una representación legal gratuita y de calidad puede convertirse en uno de los objetivos específicos de las políticas públicas en la materia, que se logrará por medio de capacitación específica en materia de derechos humanos (y empresas) a los defensores públicos, redirección de recursos financieros para fortalecer la capacidad institucional, y programas de difusión sobre la temática en el ámbito judicial o de procuración de justicia.

Los mismos objetivos deben perseguirse en relación a otras instancias no judiciales, como los Puntos de Contacto Nacional de la OCDE, que en varios países cuentan con recursos y personal inapropiados o insuficientes para verdaderamente desempeñar su papel como mecanismo extrajudicial de solución de controversias. Este punto es especialmente trascendente, ya que en los países no occidentales que cuentan con Puntos de Contacto Nacional, su visibilidad y función institucional es sumamente reducida o incluso inoperante, lo cual desde luego limita la posibilidad para las víctimas de buscar un acercamiento a través de esta instancia de mediación con las empresas responsables. Por tanto, los Planes de Acción Nacional deben asegurarse que el papel y funcionamiento de estas instancias sea revisado, a fin de fortalecerlas y convertirlas en instancias efectivas de solución alternativa de controversias. Una solución adecuada es convertirlos en mecanismos tripartitos, con representantes de las víctimas, del gobierno y de las empresas, a fin de que los intereses de todas las partes estén debidamente representados; o bien, reforzarlos con la participación de expertos independientes externos, que puedan con-

⁴²⁶ De Felice, D. y Graf, A., *op. cit.*, p. 46.

tribuir directamente en el proceso de mediación y buenos oficios desde una perspectiva imparcial y objetiva.

Por otra parte, el desarrollo y adopción de Planes de Acción Nacional debería tomar en consideración el papel que las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos pueden y deben desempeñar en este ámbito: lo cierto es que las violaciones a derechos humanos —como ya se ha reconocido en distintas instancias— pueden ser cometidas por actores no estatales, lo cual puede implicar la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional, a pesar de que la obligación primaria haya sido infringida por un tercero, como las empresas.⁴²⁷ Ante esta realidad, el papel de dichas instituciones debería modernizarse para poder examinar directamente la participación de las empresas en violaciones a los derechos humanos. Si bien la falta de debida diligencia del Estado para prevenir violaciones a derechos humanos le generará responsabilidad internacional, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos continúa existiendo a pesar de que la atribución de responsabilidad pueda no hacerse de forma directa desde el derecho internacional. Este argumento por sí solo debería ser suficiente para que las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos desarrollen programas y proyectos específicos en la materia;⁴²⁸ por otra parte, su participación en el desarrollo e implementación de los Planes de Acción Nacional es igualmente necesaria, ya que pueden contribuir su experiencia y conocimiento para identificar potenciales áreas de riesgo frente a la actividad de las empresas.

⁴²⁷ Sobre esta cuestión, véase Chetail, V., “The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward” en Alland, D. *et al.* (eds.), *Unité et diversité du droit international: Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy/ Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 105-130.

⁴²⁸ Sobre este punto, véase Rivadeneira Silva, R., “La experiencia y retos para las INDH latinoamericanas en torno a la protección de los derechos humanos frente a actividades empresariales” en Cantú Rivera, H. (ed.), *Los derechos humanos y las empresas: reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2016.

Por último, los Planes de Acción Nacional resultan espacios apropiados para identificar y definir la posición y orientación de los Estados en relación al proyecto de tratado que actualmente se persigue en el seno del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta de la ONU. Al conocer los Estados sus fortalezas y debilidades en este ámbito, en particular desde un enfoque comparado, podrían aportar insumos importantes para su análisis y discusión en las sesiones del Grupo de Trabajo, contruidos a partir de sus experiencias nacionales y/o regionales en el tema, lo cual podría permitir una más fácil identificación de los puntos de consenso y de disenso entre los distintos participantes. Así, el proyecto de tratado podría verse reforzado con información y materiales empíricos, para favorecer una discusión amplia y objetiva sobre las necesidades y posibles alcances de su contenido, así como para fijar los elementos mínimos que deban ser incluidos y que se hayan identificado a través de las experiencias en el desarrollo de los Planes de Acción Nacional.⁴²⁹

Como se puede observar, el desarrollo de Planes de Acción Nacional implica tanto oportunidades como retos para los Estados. La identificación de dichas oportunidades y retos, y sobre todo su tratamiento, será fundamental para determinar si en efecto dichas políticas públicas son herramientas útiles para generar desarrollos positivos para Estados, empresas y víctimas, o bien, si en realidad son placebos que desafortunadamente inhibirán una acción concreta y efectiva del Estado en su misión de regulación empresarial. A este punto nos referiremos en la sección siguiente.

V. ¿INSTRUMENTOS EFECTIVOS O ESPEJISMOS COLABORATIVOS?

Como ya hemos mencionado, los Planes de Acción Nacional pueden presentar numerosas opciones y oportunidades para desarrollar la

⁴²⁹ O'Brien, C.M. *et al.*, *op. cit.*, p. 126.

temática de las empresas y los derechos humanos a nivel interno, así como para identificar áreas de acción que los Estados pueden atender para mejorar el nivel de protección de los derechos humanos frente a las actividades de las empresas.⁴³⁰ Sin embargo, también pueden constituir una desviación sobre lo que en realidad deben hacer tanto Estados como empresas para identificar, prevenir y/o mitigar impactos negativos en los derechos de las personas y colectividades. Esta sección avanza, de manera breve, algunas consideraciones sobre estos aspectos, en un intento por dilucidar la verdadera efectividad de las políticas públicas en su función como herramientas complementarias de la acción del Estado para implementar sus obligaciones convencionales en el ámbito de los derechos humanos.

Uno de los principales aspectos que podrían indicar que los Planes de Acción Nacional pueden ser herramientas efectivas para la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial es justamente su naturaleza multipartita, ya que en un tema tan complejo como éste, en el que los grados de responsabilidades y deberes de los distintos actores aún no son muy claros en el ámbito internacional y nacional, tal enfoque permite una colaboración activa entre las diferentes partes interesadas. En casos tradicionales de violaciones a los derechos humanos, en donde el actor principal es el Estado a través de acciones u omisiones en la protección de los derechos, el enfoque es generalmente de confrontación; por el contrario, en este tipo de casos, donde las empresas tienen una responsabilidad específica y con alcances particulares según su actividad, influencia y eslabones productivos, un enfoque de colaboración para desarrollar

⁴³⁰ Backer, L.C., “Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law That Might Bind Them All”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 38, 2015, p. 469: “...NAPs are understood to offer a tool for governments to articulate priorities and coordinate the implementation of the GPs, to effectively conduct a due diligence exercise in the furtherance of their duty to protect human rights...”

buenas prácticas y métodos para la identificación y prevención de impactos negativos puede resultar ampliamente productiva, sobre todo en la construcción de acuerdos y programas interinstitucionales. Desde luego, lo más importante será que haya una participación activa de buena fe, a fin de asegurar procesos con objetivos legítimos y en concordancia con la situación socioeconómica de los países.

Un segundo aspecto que podría apuntar hacia la efectividad de los planes de acción como herramientas eficientes es justamente la toma de conciencia y la difusión del conocimiento sobre este tema. Desde luego, el hecho de que participen la sociedad civil, las empresas, el Estado y las víctimas, además de otros actores no gubernamentales, podría generar una estandarización en cuanto al nivel mínimo de conocimiento; sin embargo, un riesgo importante es que ese conocimiento se concentre sólo en algunas personas o departamentos que participen en la construcción del programa, lo cual indudablemente podría llevar a una limitación y a una ineficacia del proyecto público. Como señala Backer, el objetivo esencial de los PAN debe ser que el Estado cumpla con su propia debida diligencia, a través de la difusión del conocimiento de las obligaciones internacionales en la materia entre los diferentes niveles, departamentos, agencias y ministerios gubernamentales, para tener una coordinación y coherencia administrativa respecto al respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos.⁴³¹ Como resultado de este alineamiento de la función pública, los Estados tendrán una mayor y mejor capacidad para prevenir violaciones a los derechos humanos de las personas en su jurisdicción, incluyendo de aquellas que ocurran como resultado de la actividad de las empresas.

⁴³¹ *Ibid.*, pp. 473-474, 476: “The First Pillar instructs States that they must, as an initial matter, deal with the structures and substance of their own duty to protect human rights before they turn that aggregation of duty (expressed in law and policy) outward to regulatory objects. Thus every NAP ought to require States to look to themselves first.”

Una de las ventajas de que se busque la implementación del derecho internacional (sea este de naturaleza vinculante o en forma de *soft law*) a través de instrumentos de política pública es la posibilidad de que se logren cambios o efectos reales en el funcionamiento de la administración del Estado⁴³² (y en paralelo respecto a la actividad de las empresas), aunque estos no necesariamente sean de naturaleza jurídica. Indudablemente, esa es una de las propuestas de los Principios Rectores: la combinación de instrumentos de distinta naturaleza que permitan lograr el objetivo último, es decir, una regulación y gestión económica que respete los principios y compromisos convencionales en materia de derechos humanos. Es un enfoque novedoso, que podrá ofrecer resultados concretos según el grado de compromiso y seriedad con que cada Estado lo persiga.

Desde luego, los PAN no resolverán los problemas del Estado en su regulación de la actividad empresarial; por el contrario, su efecto se limita en gran medida a la identificación de huecos de gobernanza, y a proponer acciones que desde la administración pública se puedan perseguir para reducir o eliminar dichos huecos. Es, en cierta forma, el primer paso en un proyecto a gran escala y de continua actualización. A pesar de la relativa estridencia que ya hemos señalado que generó el inicio (y conclusión) de estos proyectos en distintos países, deben tomarse precauciones para garantizar que el desarrollo de los Planes de Acción Nacional no se convierta en un sustituto de la regulación y legislación que los Estados deben desarrollar para darle mayor solidez a su arquitectura jurídica y de política pública, sino más bien en un complemento permanente⁴³³ que guíe la activi-

⁴³² En ese sentido, una adecuada implementación de las políticas públicas por los gobiernos teóricamente haría innecesaria la adopción de instrumentos vinculantes de origen interno e internacional.

⁴³³ Un importante ejemplo de la posible complementariedad entre legislación y políticas públicas existe en los Estados Unidos de América, donde se adoptó la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, que incluye en la sección 1502 una disposición que

dad de los Estados en la materia, como ha sido señalado en diversas ocasiones por distintos órganos de tratado en materia de derechos humanos.⁴³⁴ Ciertamente, el heterogéneo nivel de desarrollo social, económico y jurídico de los distintos países lleva a subrayar la importancia de procesos “a la medida”, que hagan énfasis en las necesidades y prioridades de cada Estado para la protección de los derechos humanos, y que no busquen reproducir necesariamente las experiencias de otros Estados con un distinto nivel de desarrollo.⁴³⁵

Para resumir, es de suma importancia que los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos no se conviertan en espejismos que parezcan indicar que los Estados han hecho su tarea en la materia; sólo a través de una combinación inteligente de medidas, que incluya enfoques voluntarios y obligatorios, incentivos y

obliga a las empresas a establecer mecanismos de debida diligencia en sus cadenas de suministro y a presentar informes a la *Securities and Exchange Commission* en relación a minerales de conflicto que se hayan obtenido en la República Democrática del Congo y que sean utilizados en sus productos. De forma adicional a esta normatividad, el gobierno estadounidense se encuentra en las fases finales de elaboración de su Plan de Acción Nacional sobre conducta empresarial responsable, que tendrá un enfoque más amplio que el de derechos humanos y empresas, aunque desde luego incluyéndolo como aspecto esencial.

⁴³⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Concluding observations on the sixth periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, E/C.12/GBR/CO/6 (24 de junio de 2016), §§11-13; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Concluding observations on the sixth periodic report of Sweden*, E/C.12/SWE/CO/6 (24 de junio de 2016), §§11-12; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la France*, E/C.12/FRA/CO/4 (24 de junio de 2016), §§12-13; Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de Irlanda*, CRC/C/IRL/CO/3-4 (1 de marzo de 2016), §§23-24. Cabe resaltar que los órganos de tratado han considerado el enfoque en el desarrollo de Planes de Acción Nacional como insuficiente para controlar y regular efectivamente la actividad empresarial, por lo que se estima conveniente la adopción de un marco regulatorio vinculante en la materia a nivel interno.

⁴³⁵ Para profundizar sobre esta cuestión, véase Rojas Buendía, M.M., “El desarrollo de los Planes de Acción Nacional sobre empresa y derechos humanos y el estado actual de los Planes de Acción sobre RSC: España y los países nórdicos”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política Pública*, N° 23, 2016, pp. 35-91, donde la autora explica algunos motivos por los que no todos los Estados pueden seguir el modelo voluntario que ha sido primordialmente impulsado por algunos países nórdicos.

sanciones, se podrá avanzar de forma integral en la formulación de proyectos estatales que ataquen las principales deficiencias de gobernanza, que coadyuvan a la existencia de zonas grises donde ocurren la mayoría de las violaciones empresariales de derechos humanos.

VI. REFLEXIONES FINALES

Este artículo ha buscado proponer un análisis sobre el papel de los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos en el entramado jurídico y político tanto internacional como nacional. Su aparición después de la adopción de los Principios Rectores llamó al desarrollo de herramientas de guía para su implementación a nivel doméstico, situación que fue respaldada por distintas organizaciones internacionales y regionales. El riesgo principal en esta cuestión ha sido la insistencia y empuje de un modelo europeo que no necesariamente es aplicable de la misma manera en todos los países, y que sorprende por una cierta ignorancia del propio enfoque universal y multicultural de los derechos humanos.⁴³⁶ Desde luego, el enfoque en el desarrollo de políticas públicas que, en sentido estricto, sólo conllevan efectos para el funcionamiento de la administración pública, se presentó como una novedad importante en el trabajo de internalización del derecho internacional.⁴³⁷

⁴³⁶ Backer, L.C., *op. cit.*, pp. 476-477: “Indeed, there is a strain of thought that suggests... that NAPs serve in way to provide templates from the Global North to the Global South. I can only hope that this approach might be avoided, and with it also avoiding creating NAP guidance that might be criticized as inadvertently neo-colonialist, and favoring a top down approach. Worse, if the international community uses Global North civil society as a means through which to effect this cram down, the resulting colonialism becomes a social and cultural—and polycentric—one in which the governance preferences of international civil society, global donors, and foundations, will be leveraged, and disguised as capacity building, substantially and unnecessarily narrow, the choices for Global South States in fashioning their compliance with their First Pillar duties.”

⁴³⁷ *Ibid.*, pp. 479-480: “The danger, though, remains; as a mere policy document, prepared by or under the supervision of a single ministry, its value may lie more in the gesture itself,

Esto podría indicar una posible tendencia en el funcionamiento de la sociedad internacional, orientada hacia la reconceptualización o suavización del derecho internacional y de las relaciones internacionales, en una búsqueda de nuevas formas de cooperación y colaboración, así como de un reacomodo de los actores internacionales, a fin de incluir en el proceso de construcción de políticas y arquitecturas internacionales a diversos actores fácticos,⁴³⁸ dentro de los que sobresalen tanto las empresas como la sociedad civil organizada, particularmente de países industrializados.

Ante ello, será importante tener cautela y prudencia sobre los enfoques que se adopten en la materia: si bien los Planes de Acción Nacional son estrategias inteligentes que buscan desarrollar dinámicas público-privadas tanto a nivel interno como regional e internacional, la única manera en que podrán lograr su objetivo final es si se insertan dentro de un marco de medidas especialmente diseñadas para atacar la fuente del problema principal, que reside en la actuación y compromiso del Estado con el respeto de los derechos humanos, el Estado de derecho y la dignidad de las personas.

than in any significant substantive contribution the NAP might make to the reform of the domestic legal order of the State undertaking the NAP.”

⁴³⁸ Nye, J.S., *op. cit.*, p. 562: “The problem for all states in the 21st century is that there are more and more things outside the control of even the most powerful states, because of the diffusion of power from states to non-state actors.”