



VIGILANCIA SIN VOLTAJE

**VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO,
¿CUÁLES SON LAS RESPONSABILIDADES POR PARTE DE
EDF Y LA AGENCIA DE PARTICIPACIONES DEL ESTADO?**



**TERRE
SOLIDAIRE**
Soyons les forces du changement



Redacción: Camille Loyer, Swann Bommier, Cannelle Lavite, Guillermo Torres
Contribuciones: Christian Schliemann, Jesús Guarneros, Fiona Noudjenoume, Verónica Vidal
Dirección de publicación: Jean-François Dubost
Creación gráfica: Isabelle Cadet

CONTACTOS

Swann Bommier, Oficial de defensa para la regulación de las empresas multinacionales,
s.bommier@ccfd-terresolidaire.org

Cannelle Lavite, Abogada litigante en empresas y derechos humanos,
lavite@ecchr.eu

Eduardo Villarreal, Coordinador de Análisis e Incidencia,
eduardo.villarreal@prodesc.org.mx

Fecha: Junio de 2021

SIGLAS	4
RESUMEN EJECUTIVO	5
01 EDF EN MÉXICO: DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE VIGILANCIA A LA CEGUERA DE LOS PODERES PÚBLICOS FRANCESES	6
1. Un parque eólico en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas	8
2. Recurrir a la justicia francesa para hacer respetar los derechos de los pueblos indígenas en México	14
3. Los incumplimientos del poder público francés	17
02 LA AGENCIA DE PARTICIPACIONES DEL ESTADO: UNA FALTA DE EJEMPLARIDAD DEL ESTADO ACCIONISTA	19
1. Una breve historia de la APE: de la Dirección General de Hacienda hasta el Secretario de Economía, Finanzas y de la Reactivación	22
2. La APE: entre opacidad y efectos de comunicación	23
3. Plan de reactivación post-COVID19: una oportunidad perdida de revisar el mandato de la APE	26
03 RESPONSABILIDADES DEL ESTADO ACCIONISTA: UN MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL ESTABLECIDO	29
1. La responsabilidad de las empresas bajo accionariado público con respecto a las violaciones de los derechos humanos	32
a. El marco general para la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos: los Principios Directores de las Naciones Unidas relativos a las empresas y a los derechos humanos	32
b. Las empresas bajo accionariado público: la responsabilidad del Estado accionista	34
2. La responsabilidad extraterritorial del Estado respecto a las violaciones de los derechos humanos causadas por actores privados	38
a. La obligación extraterritorial de los Estados de respetar sus compromisos Internacionales en materia de derechos humanos	39
b. Las obligaciones extraterritoriales del Estado cuando una empresa actúa bajo sus instrucciones, sus directivas o su control	42
RECOMENDACIONES	46
FUENTES	49

SIGLAS

APE	Agencia de Participaciones del Estado
BPI	Banco Público de Inversión
CDI	Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas
CLPI	Consentimiento libre, previo e informado
ECCHR	European Center for Constitutional and Human Rights
EDF	Electricidad de Francia
FIDH	Federación Internacional para los derechos humanos
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMCT	Organización Mundial Contra la Tortura
PCN	Punto Nacional de Contacto
PLFR	Proyecto de ley de finanzas rectificativa
ProDESC	Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales A.C.
RSE	Responsabilidad Social de las empresas

RESUMEN EJECUTIVO

México, París, Berlín,
10 de junio de 2021.

El 13 de octubre de 2020, personas defensoras de los derechos humanos y el territorio de la comunidad de Unión Hidalgo, en México, la asociación mexicana de derechos humanos ProDESC y la asociación de defensa de derechos humanos ECCHR promovieron una demanda civil contra la empresa pública Électricité de France (en adelante, «EDF») por violación de su deber de vigilancia.

¿Qué está en juego? El futuro de una comunidad indígena amenazada por un proyecto de energía eólica desplegado por la compañía energética francesa en el Istmo de Tehuantepec, Oaxaca, al sur de México. La explotación industrial e intensiva de los recursos naturales en esta región, donde viven una mayoría de pueblos indígenas¹, ha generado graves conflictos sociales y violaciones de los derechos humanos. Es en esta región donde EDF pretende construir un parque eólico -el proyecto *Gunaá Sicarú*- a escala industrial, sin respetar el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado tal y como establecen la Constitución mexicana y el derecho internacional.

Esta demanda civil es el último episodio de una serie de alertas que, desde 2015, han emitido el pueblo zapoteco de Unión Hidalgo y diversas asociaciones de solidaridad internacional y de protección de los derechos humanos². El objetivo es pedir a la empresa pública EDF el respeto de los derechos fundamentales de la población de Unión Hidalgo y prevenir la escalada de amenazas de muerte y ataques físicos contra los defensores de los derechos humanos en el marco de la instalación del proyecto *Gunaá Sicarú*.

En las páginas siguientes, CCFD-Terre Solidaire, ECCHR y ProDESC ponen en relieve los incumplimientos al deber de vigilancia y al derecho internacional relacionados con el proyecto *Gunaá Sicarú*, así como el papel de EDF, de la Agencia de Participaciones del Estado. Más ampliamente, este informe pone de manifiesto una negligencia culpable del Estado francés,

cuya pasividad ha alimentado las violaciones en Unión Hidalgo.

En efecto, si en este caso las organizaciones y la comunidad consideran que EDF no cumple con su obligación de vigilancia, es decir, su obligación de respetar los derechos humanos en sus actividades, la Agencia de Participaciones del Estado y el Estado francés, al ser el accionista mayoritario de EDF también incumplen sus obligaciones en virtud del derecho internacional. En el centro del derecho internacional de los derechos humanos se encuentra la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos derivados de sus compromisos internacionales, incluso mediante una obligación positiva de diligencia debida en el curso de actividades comerciales de las empresas establecidas bajo su jurisdicción. Además, la interferencia; o por el contrario, la pasividad de un Estado en situaciones en las que las empresas bajo su control generan impactos perjudiciales sobre los derechos humanos puede dar lugar a violaciones de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Las Naciones Unidas y la OCDE también han establecido una serie de normas relativas a la responsabilidad específica de las empresas públicas para asegurarse de que prevenga las violaciones a los derechos humanos o los daños medioambientales graves derivados de sus actividades.

Son obligaciones establecidas en el derecho internacional que Francia y la Agencia de Participaciones del Estado y EDF no pueden seguir ignorando. Están en juego los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, la seguridad y la libertad de expresión de las y los defensores de los derechos humanos y la integridad física de los defensores de los derechos humanos y defensores de la tierra de Unión Hidalgo están en juego. La realización de los derechos humanos exige una política pública internacional que garantice una transición ecológica y solidaria de nuestra economía.

Alejandra Ancheita - ProDESC,
Sylvie Bukhari-de Pontual - CCFD-Terre Solidaire,
Miriam Saage-Maasz - ECCHR

¹ El Estado de Oaxaca cuenta con 570 municipios, de los cuales 418 son gobernados por comunidades indígenas que viven en ellos y tienen sus propias formas de representación política. Estas comunidades incluyen cinco pueblos indígenas. Los *binniza* (zapoteco) y los *ikoojt* (huave) son los más numerosos, ya que habitan la región desde hace casi tres milenios.

² Entre las cuales están ProDESC, ECCHR, CCFD-Terre Solidaire, Sherpa, Amigos de la Tierra, FIDH y OMCT.

01

**EDF EN MÉXICO: DEL
INCUMPLIMIENTO DEL
DEBER DE VIGILANCIA
A LA CEGUERA DE LOS
PODERES PÚBLICOS
FRANCESES**

Desde 2015, la empresa pública Électricité de France (EDF) planea la construcción del parque eólico *Gunaá Sicarú* sobre las tierras de la comunidad indígena zapoteca de Unión Hidalgo a través de sus filiales locales mexicanas.

Aunque este proyecto cuenta con una inversión de casi 350 millones de dólares para la implantación de 115 aerogeneradores, hasta la fecha no se ha consultado de forma efectiva a la comunidad indígena de Unión Hidalgo, lo que constituye una violación de sus derechos ya como están reconocidos en la Constitución mexicana y el Derecho internacional.

El objetivo: garantizar que el plan de vigilancia de EDF impida de manera efectiva nuevas violaciones al consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de la comunidad indígena en el proyecto *Gunaá Sicarú* y exigir que EDF suspenda su proyecto mientras existan graves riesgos de seguridad y daños físicos para las y los defensores de los derechos humanos en Unión Hidalgo.

Por ello, el 13 de octubre de 2020, miembros de Unión Hidalgo junto con la organización mexicana de derechos humanos Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ProDESC) y el European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), apoyados por una amplia gama de organizaciones de la sociedad civil francesa, entre las que se encuentran CCFD-Terre Solidaire, Sherpa y los Amigos de la Tierra Francia, están emprendiendo acciones legales en virtud de la ley francesa sobre el deber de vigilancia contra EDF, una de las mayores empresas del sector energético francés y uno de los principales productores de electricidad del mundo. El objetivo: garantizar que el plan de vigilancia de EDF impida de manera efectiva nuevas violaciones al consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de la comunidad indígena en el proyecto

Gunaá Sicarú y exigir que EDF suspenda su proyecto mientras existan graves riesgos de seguridad y daños físicos para las y los defensores de los derechos humanos en Unión Hidalgo³.



UNIÓN HIDALGO

Esta citación judicial pone de manifiesto los múltiples fallos del Estado francés a la hora de garantizar el respeto del deber de vigilancia que incumbe a las grandes empresas francesas. Pone de manifiesto de manera muy preocupante los incumplimientos de los poderes públicos para garantizar la aplicación efectiva de este deber de vigilancia, establecido en la legislación francesa por *la ley del 27 de marzo de 2017 sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y ordenantes*, en el seno de las empresas en las que invierte y de las que tiene el control. En efecto, los procesos judiciales que enfrenta EDF se producen después de múltiples acciones legales en México (1), pero también de varios contactos e intentos de diálogo por parte de ProDESC y las personas defensoras de los derechos humanos de Unión Hidalgo con las autoridades francesas (2).

3 ECCHR, ProDESC y CCFD-Terre Solidaire, «Parque eólico en México: EDF ignora los derechos de los pueblos indígenas», dossier de prensa, octubre de 2020, p. 1.

1. Un parque eólico en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas



El Istmo de Tehuantepec, en el estado de Oaxaca, en México, es conocido por sus potentes y constantes vientos. El estado de Oaxaca también alberga una gran población indígena que ha mantenido su lengua y sus tradiciones y un fuerte vínculo de identidad con la tierra. Este es el caso de Unión Hidalgo, un municipio de aproximadamente 12.000 habitantes, el 90% de los cuales provienen del pueblo binnizá - zapoteco.

—— Parques eólicos en la localidad de La Venta, carretera en dirección a Unión Hidalgo ——

En México, ya en la década del 2000, se puso en marcha una reforma política y legislativa para el desarrollo del llamado sector energético «verde», anunciando la transformación de «tierras improductivas. Tras la apertura del mercado mexicano a las inversiones privadas para la producción de energía renovable en 2013, los líderes mundiales del sector eólico se han establecido masivamente en la región, multiplicando los proyectos eólicos de

dimensiones industriales⁴. En 2019, el Istmo contaba con más de 1.600 turbinas, repartidas en 39 parques eólicos. Más de la mitad de los 9 millones de megavatios de electricidad eólica que se generan cada año en el estado de Oaxaca, se producen sólo sobre el territorio del municipio de Unión Hidalgo, lo que implica una explotación intensiva de las tierras de la comunidad⁵.

⁴ Bommier, S., «Sur la contribution du devoir de vigilance au concept des communs ainsi que l'affaire Union Hidalgo c. EDF (Mexique)», in : Les entreprises et les communs, Conférences y coloquios, *La Revue des Droits de l'Homme*, no. 19, 2021, pp. 9-10.

⁵ Base de datos: *The Wind Power*, Bases de datos Parques eólicos México, 2020. Ver también *Impacts and affects of the wind-energy projects in the Tehuantepec Isthmus*.

LA COMUNIDAD INDÍGENA DE UNIÓN HIDALGO

La comunidad de Unión Hidalgo se encuentra en el Istmo de Tehuantepec, en el estado mexicano de Oaxaca, el segundo estado más pobre de México.

De acuerdo con la Constitución mexicana⁶, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁷ y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁸, la comunidad de Unión Hidalgo se auto identifica como comunidad indígena zapoteca. Como tal, ha mantenido su organización política y social, su vestimenta, su lengua, sus fiestas y creencias. Esta comunidad ha construido así su propia identidad, caracterizada por una cultura común, un fuerte apego a la tierra y los recursos naturales y una economía desarrollada en torno a la agricultura y la pesca.

Por otro lado, Unión Hidalgo refleja los importantes contrastes sociales que se dan en todo el Istmo de Tehuantepec⁹. Por ejemplo,

39.2% de la población no tiene acceso a los servicios de salud, el 14.59% es analfabeta y el 54.4% vive en la pobreza¹⁰.

Dado que los derechos de los pueblos indígenas están arraigados en la naturaleza esencialmente colectiva de la organización de sus sociedades en torno a su territorio, en las comunidades indígenas y campesinas las estructuras políticas, los procesos de toma de decisiones y la organización de la vida social se construyen, la mayoría de las veces, en torno a asambleas comunitarias con el fin de discutir asuntos de interés general y de la vida de la comunidad.

Aproximadamente, el 75% de los 9.5 millones de hectáreas que componen el estado de Oaxaca son propiedades comunales o agrícolas sujetas a la Ley Agraria Mexicana¹¹. Según esta ley, el uso de las tierras comunales o la celebración de contratos que permitan a terceros usar o disfrutar de sus tierras

son decisiones que deben tomarse colectivamente, a través de la asamblea general¹².

Al igual que otras comunidades indígenas que viven en el Istmo de Tehuantepec, la comunidad de Unión Hidalgo no recibe ningún porcentaje de la electricidad generada en sus tierras por los parques eólicos ya instalados y sigue pagando la electricidad que consume, cuyos costos incluso han sido denunciados como más elevados. Algunos hogares no tienen acceso a la electricidad.

Las y los defensores de los derechos humanos y del territorio de la comunidad de Unión Hidalgo se movilizan para el respeto y garantía de sus derechos, tanto por parte de actores estatales como de corporaciones transnacionales, en contextos de globalización económica y transición energética.

39.2%
de la población no
tiene acceso a los
servicios de salud.

14,59%
es analfabeta.

54,4%
vive en la pobreza.

6 **Artículo 2** - «La nación mexicana es una e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que se consideran indígenas en virtud de su ascendencia de las poblaciones que habitaban originalmente el territorio actual del país en la época de la colonización, y que conservan total o parcialmente sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. La auto identificación de su identidad indígena es el criterio fundamental para determinar a quién se aplican las disposiciones relativas a los pueblos indígenas». Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

7 **Artículo 1** - «El presente Convenio se aplica a: a) los pueblos tribales de los países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la comunidad nacional y que se rigen total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) los pueblos de los países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o en la época en que se establecieron las actuales fronteras del Estado y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas». OIT. Convenio 169 relativo a los pueblos indígenas y tribales, 1989.

8 **Artículo 3** - «Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural». Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas, 2007.

9 Consejo Nacional de Evaluación de la Política Social y de Desarrollo (CONEVAL), Informe anual sobre la situación de la pobreza y la brecha social 2020, Oaxaca, Unión Hidalgo, 2020.

10 Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social en México («CONEVAL»), Informe anual sobre la situación de la pobreza y la brecha social 2020, Oaxaca, Unión Hidalgo, 2020.

11 La designación de las tierras de la comunidad de Unión Hidalgo como tierras comunales y agrarias fue confirmada por un decreto presidencial mexicano del 13 de julio de 1964, que aún está en vigor.

12 **Artículo 23** de la Ley Agraria Mexicana - «La asamblea se reunirá por lo menos una vez cada seis meses, o con mayor frecuencia si así lo dispone su reglamento o práctica. Los siguientes asuntos serán de competencia exclusiva de la asamblea: [...] V. La aprobación de contratos y convenios para el uso o disfrute por parte de terceros de terrenos de uso común [...] X. La delimitación, asignación y destino de las tierras de uso común y su régimen de explotación [...]».



Al otro lado del océano, EDF ha corrompido el corazón de nuestro pueblo. Ya no tenemos espacio para crecer. Prometieron empleos a nuestros jóvenes, pero lo único que hemos visto es la muerte de los defensores de derechos humanos. Lo pido en nombre de mi comunidad: no queremos un proyecto que nos mate, que nos divida, que nos prive de nuestro futuro. Queremos vivir con la naturaleza, con las plantas, el agua, el viento.

Rosalba Martínez, miembro de la Asamblea de Mujeres Indígenas Defensoras de la Vida de Unión Hidalgo.

El desarrollo de fuentes de energía renovables, incluida la energía eólica, es visto como un signo de progreso muy bien acogido en el mundo entero. Sin embargo, como muestra la investigación realizada por el *Business & Human Rights Resource Center*, el sector de las energías renovables no está exento de escándalos relacionados con violaciones de los derechos humanos o del medio ambiente¹³. Así, en México, particularmente en el estado de Oaxaca, los proyectos de explotación intensiva de recursos naturales –como el viento– tienen un alto precio para las comunidades locales y son ampliamente criticados por los graves conflictos y acaparamiento de tierras que generan, la falta de beneficio económico para las poblaciones locales y las sistemáticas violaciones de derechos fundamentales que derivan de ahí. En este sentido, la ex –Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas declara estar «[...] particularmente preocupada por el rápido aumento del número de proyectos de este tipo, normalmente financiados a través de acuerdos de inversión internacionales y bilaterales, en los que las ganancias financieras recaen en primer lugar en inversionistas extranjeros que tienen poca o ninguna consideración por los derechos de las comunidades indígenas locales o por la protección del medio ambiente. Con demasiada frecuencia, los pueblos indígenas afectados se ven aún más marginados y sumidos en la pobreza como consecuencia de estos proyectos, que destruyen sus recursos naturales. Además, la construcción legal de los proyectos financiados por acuerdos de inversión está generalmente diseñada de manera a excluir la posibilidad para las comunidades afectadas de poder presentar una apelación y obtener indemnización.»¹⁴

”

los pueblos indígenas afectados se ven aún más marginados y sumidos en la pobreza como consecuencia de estos proyectos, que destruyen sus recursos naturales. Además, la construcción legal de los proyectos financiados por acuerdos de inversión está generalmente diseñada de manera a excluir la posibilidad para las comunidades afectadas de poder presentar una apelación y obtener indemnización.»¹⁴

Todo comenzó en 2016, cuando la comunidad indígena de Unión Hidalgo descubrió que EDF, que ya opera tres parques eólicos en el Istmo de Tehuantepec, estaba realizando gestiones administrativas y comerciales a través de sus filiales *EDF Renewables Mexico* (filial de EDF) y *Eólica de Oaxaca* (titular del proyecto para EDF en Unión Hidalgo) para poner en marcha un nuevo proyecto eólico denominado *Gunaá Sicarú*. Solicitudes de permisos de explotación y exenciones fiscales, evaluación de impacto ambiental, firma de una asociación con la Comisión Federal de Electricidad de México, negociaciones con miembros de la comunidad de Unión Hidalgo para el arrendamiento de terrenos, etc. Este descubrimiento es aún más sorprendente para los habitantes de Unión Hidalgo, ya que estos trámites se estaban dando antes de que el gobierno mexicano hubiera iniciado siquiera un proceso de consulta con la comunidad, y por lo tanto sin que la población indígena de Unión Hidalgo haya sido debidamente informada y consultada, de acuerdo con los principios constitucionales y las normas legales mexicanas e internacionales relativas al Consentimiento Libre, Previo e Informado (en adelante CLPI) de los pueblos indígenas.

Según las informaciones obtenidas por la comunidad, el proyecto *Gunaá Sicarú* incluiría 115 aerogeneradores¹⁵, 89 de los cuales se ubicarían en el municipio de Unión Hidalgo. El impacto territorial del proyecto *Gunaá Sicarú* es importante: 5.000 hectáreas, casi la mitad de la superficie de la ciudad de París. Cuando esté terminado, el parque eólico debería cubrir un tercio del territorio de Unión Hidalgo.

¹³ Véase, a este respecto, el portal en línea dedicado al sector de las energías renovables en el sitio web del *Business & Human Rights Resource Center*.

¹⁴ A/HRC/39/17, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, 10 de agosto de 2018, p. 9.

¹⁵ Sintomático de la falta de información precisa sobre el proyecto que permita a la comunidad de Unión Hidalgo ejercer su derecho al consentimiento libre, previo e informado el número de aerogeneradores anunciado en el proyecto *Gunaá Sicarú* difiere según los documentos facilitados por la empresa y sus filiales mexicanas. En la presentación impresa proporcionada a la comunidad durante la consulta indígena, EDF se refiere al parque eólico compuesto por 62 turbinas; la autorización de generación de electricidad menciona 96 turbinas y la evaluación del impacto social del proyecto refiere 115.

EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO (CLPI)

El consentimiento libre, previo e informado (CLPI) es una norma de derechos humanos de larga data y un principio clave del derecho internacional que informa la jurisprudencia sobre los pueblos indígenas¹⁶. Es un derecho específico de los pueblos indígenas y está reconocido, entre otros, en:

→ el **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales, ratificado por México**¹⁷;

→ el **Convenio sobre la diversidad biológica**¹⁸;

→ la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**¹⁹.

El CLPI permite a los pueblos indígenas participar en el diseño, la ejecución y el seguimiento de proyectos y decisiones que puedan tener un impacto en su cultura, sus tradiciones y sus estructuras sociales y políticas. Además, les

permite dar o negar su consentimiento a cualquier proyecto que pueda afectarles a ellos o a sus tierras, territorios y recursos naturales.

La génesis del derecho al CLPI es contrarrestar las discriminaciones históricas contra los pueblos indígenas que fueron causadas originalmente por la colonización. Deriva así del derecho de los pueblos a la autodeterminación y del derecho a no sufrir discriminación racial. Más concretamente, los elementos constitutivos del CLPI pueden resumirse de la siguiente manera²⁰:

✱ **UN CONSENTIMIENTO «LIBRE»:** el proceso de consulta debe desarrollarse en un contexto respetuoso, es decir, libre de intimidación, coacción o manipulación, en un clima de confianza y buena fe entre las partes interesadas, con instituciones representativas elegidas libremente y capaces de controlar

el proceso y de participar en la logística de la consulta,

✱ **UN CONSENTIMIENTO «INFORMADO»:** las informaciones proporcionadas deben de ser cuantitativa y cualitativamente suficientes, objetivas, precisas y claras, y en un lenguaje que entiendan las comunidades afectadas. Las informaciones deben abordar la naturaleza, la amplitud, el ritmo de ejecución, la reversibilidad y el alcance del proyecto,

✱ **UN CONSENTIMIENTO «PREVIO»:** significa antes de que se tomen decisiones sobre cualquier acción propuesta, incluida la fase de elaboración y planificación de un proyecto, y antes de que se firmen acuerdos con los promotores del proyecto, y antes de que se concedan licencias de exploración, de modo que los pueblos indígenas tengan una oportunidad significativa de participar en el «sí» y «cómo» de estas medidas.

Ante las claras violaciones de su derecho al CLPI, y mientras las filiales de EDF continúan sus esfuerzos por obtener autorizaciones administrativas, miembros de la comunidad Unión Hidalgo se movilizan para que se garanticen sus derechos, apoyados por la organización de derechos humanos mexicana ProDESC.

Así, a lo largo de 2017, habitantes defensores y defensoras de los derechos humanos y de la tierra de Unión Hidalgo interpusieron acciones legales ante las autoridades mexicanas para:

✱ **Obtener medidas de protección** con carácter cautelar ante las amenazas y agresiones físicas que han sufrido;

✱ **Exigir el acceso a la información** sobre el proyecto *Gunaá Sicarú*;

✱ **Denunciar la violación del derecho mexicano e internacional** en relación con el CLPI de los pueblos indígenas de Unión Hidalgo;

✱ **Invalidar los permisos** concedidos por las autoridades mexicanas en violación de su derecho al CLPI.

Paralelamente, dos representantes de la comunidad de Unión Hidalgo y la asociación ProDESC remitieron el caso al Punto Nacional de Contacto (PNC) Francés de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)²¹, el **8 de febrero de 2018**. En esta

¹⁶ Véase, por ejemplo, la histórica sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, del 27 de junio de 2012, Serie C, n° 245.

¹⁷ *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989. Ratificado por México en 1990.

¹⁸ Naciones Unidas, *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, 1992. Ratificada por México en 1993 y por Francia en 1994.

¹⁹ Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2007. Firmado por México y Francia.

²⁰ ECCHR, «El espacio de la sociedad civil en los proyectos de energía renovable: Estudio de caso de la Comunidad Unión Hidalgo en México», documento de posición, 2020, p. 7.

²¹ El PNC es un mecanismo no judicial de resolución de conflictos creado por la OCDE. Cada Estado miembro es responsable de establecer un PNC que desempeñe una función de mediación.

remisión, los quejosos denuncian los riesgos probados de violaciones del derecho al CLPI a los que está sometida la comunidad indígena de Unión Hidalgo en el contexto del proyecto *Gunaá Sicarú*. Responsabilizan a EDF y a su filial *EDF Renovables* de violar las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales y las Directrices de la ONU sobre empresas y derechos humanos. En esta queja, la comunidad afirma, entre otras cosas:

Dos representantes de la comunidad de Unión Hidalgo y la asociación ProDESC remitieron el caso al Punto Nacional de Contacto (PNC) Francés de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el 8 de febrero de 2018.

Así, desde abril de 2018 y, a petición de la comunidad, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México otorga medidas cautelares y solicita la interrupción inmediata de las consultas. Al mismo tiempo, ProDESC también señala múltiples irregularidades en la realización de este proceso de consulta y consigue su suspensión

por los tribunales mexicanos. En noviembre de 2018, frente a las violaciones cometidas, juzgados federales de México ordenan la realización de una consulta, que verdaderamente cumpla las normas internacionales definidas por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Otras alertas y medidas de protección son emitidas por organizaciones estatales de derechos humanos. El 13 de junio de 2018, la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca (DDHPO) emite una «Alerta Temprana» sobre Unión Hidalgo y, en particular, sobre el proyecto eólico *Gunaá Sicarú* de EDF. Además, en junio de 2019, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) denunciaron en un Llamamiento Urgente internacional múltiples fallas en el proceso de consulta y reiteraron un llamado a la protección de las y los defensores de derechos humanos en Unión Hidalgo.

Es evidente que el proyecto *Gunaá Sicarú* de EDF y las acciones de sus filiales mexicanas han contribuido a la escalada de violencia en la comunidad de Unión Hidalgo a lo largo de este periodo: los testimonios de las y los defensores de los derechos humanos en Unión Hidalgo informan que las filiales de EDF han interactuado individualmente con miembros de la comunidad y les han ofrecido beneficios o han ejercido presión para promover el consentimiento de la comunidad a su proyecto de energía eólica. Esta injerencia se produce al margen de los canales establecidos para la consulta transparente y colectiva de la comunidad, según el derecho al CLPI²².

«ij) Desde diciembre de 2016, personas ajenas a nuestra comunidad empezaron a realizar actos de caridad en nuestro pueblo. Estos actos incluían pintar una escuela, hacer donaciones a clubes de fútbol y otros actos que no respondían en absoluto a las necesidades reales de nuestra comunidad. Al realizar estos actos, los desconocidos se identificaron como representantes de la empresa de energía eólica EDF. Anunciaron que querían instalar un parque eólico en nuestro territorio y que querían el apoyo de quienes habían obtenido algo de su caridad. En abril de 2017, se hizo mucho más explícito que buscaban apoyo para la instalación del parque eólico. [...]».

En este contexto, las autoridades mexicanas inician, en abril de 2018, un proceso de consulta. El inicio de la consulta, así como el ejercicio de acciones legales por parte de la comunidad, marcan una escalada de violencia y ataques contra las y los defensores de la tierra y de los derechos humanos de Unión Hidalgo. Son objeto de una campaña de criminalización en la radio local y en las redes sociales por parte de los partidarios del proyecto *Gunaá Sicarú*. Muchos reciben amenazas de muerte para disuadirlos de participar en el proceso de consulta y una de las líderes comunitarias sufre un sospechoso accidente de coche en mayo de 2018. Otro miembro sufre un intento de secuestro en enero de 2019, seguido de amenazas directas de muerte poco antes de una consulta pública sobre el proyecto *Gunaá Sicarú*.



Tengo miedo de lo que les pueda pasar a mis hijos. Tengo dos hijos y dos nietas. El miedo de que nunca más mis hijos vean a Unión Hidalgo como yo lo conocí. Todo ha cambiado ya. No hay más paz, no hay más tranquilidad.

Guadalupe Ramirez, miembro de la comunidad de Unión Hidalgo.

”

22 Los testimonios y pruebas han sido transmitidos al tribunal judicial de París en el marco del procedimiento judicial contra EDF por las asociaciones ProDESC y ECCHR.

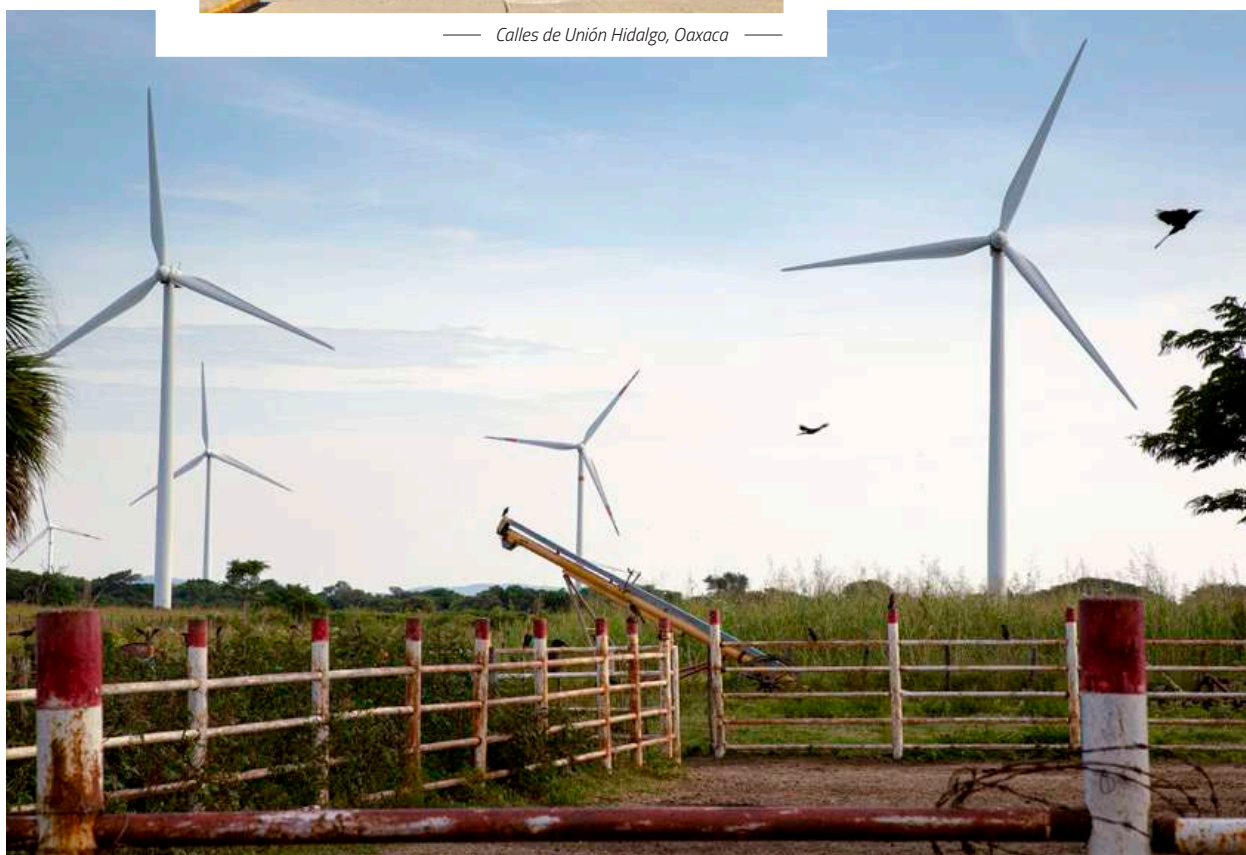
En este sentido, Michel Forst, ex- Relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de las y los defensores de los derechos humanos, señalaba en su informe de 2018 sobre México:

«Los defensores de los derechos humanos de las comunidades indígenas o rurales señalan el uso deliberado de tácticas de "divide y vencerás" por parte de las autoridades y las empresas para conseguir la aprobación de proyectos a gran escala. Las divisiones causadas por estos proyectos tienen efectos profundos y negativos en la fuerte cultura de consenso y solidaridad colectiva de las comunidades afectadas.»²³

En Francia, el procedimiento del PNC de la OCDE se estancó y terminó por falta de avances sustanciales. Tras haber obtenido una sola reunión con los representantes de la matriz del Grupo EDF en un año y medio de mediación y ante el aumento de las tensiones y amenazas contra las y los defensores de los derechos en Unión Hidalgo, ProDESC y los representantes de la comunidad se retiraron del procedimiento ante el PNC de la OCDE a **finales de julio de 2019²⁴**.



— Calles de Unión Hidalgo, Oaxaca —



— Vista de los aerogeneradores desde la casa de Guadalupe Ramírez en Unión Hidalgo, Oaxaca —

23 A/HRC/37/51/Ad.2, Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos sobre su misión a México, 2018, §47, p. 10.

24 *Nouvel Obs*, «Campos eólicos de EDF: poblaciones mexicanas denuncian la violación de sus derechos fundamentales», 16 de octubre de 2019.(traducción no oficial).

2. Recurrir a la justicia francesa para garantizar el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en México



Unos meses después, las y los defensores de los derechos humanos de Unión Hidalgo y ProDESC, con el apoyo de la asociación alemana ECCHR, recurrieron la ley sobre el deber de vigilancia para hacer valer sus derechos ante las violaciones cometidas por EDF a través de sus filiales mexicanas.

— Asamblea de Comuneros de Unión Hidalgo, Oaxaca —

Aprobada en marzo de 2017 al final de un maratón legislativo de cuatro años, la *ley sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas ordenantes*, conocida como ley sobre el deber de vigilancia, impone a las grandes empresas francesas²⁵ un deber de vigilancia sobre sus actividades y las de sus filiales, proveedoras y subcontratistas. Estas empresas

están obligadas a establecer, publicar y aplicar de manera eficiente un plan de vigilancia para identificar, prevenir y remediar todos los riesgos que imponen a las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas, los derechos humanos y el medio ambiente en todo el mundo.

²⁵ Se trata de empresas registradas en Francia con más de 5.000 personas asalariadas en Francia y/o más de 10.000 asalariados y asalariadas en todo el mundo. Visite <https://plan-vigilance.org> para consultar la lista de empresas sujetas a esta ley establecida por el CCFD-Terre Solidaire y Sherpa.

EL DEBER DE VIGILANCIA: UNA LEY Y MECANISMOS DE RESPONSABILIDAD PARA GARANTIZAR EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE

La Ley sobre el deber de vigilancia se basa en dos pilares: la prevención de las violaciones a los derechos humanos y de los daños medioambientales graves y la reparación de dichos abusos mediante la responsabilidad civil de las empresas si se producen.

1 - Con el fin de prevenir las violaciones de los derechos humanos, cualquier persona con interés en el asunto puede

avisar a la empresa para que modifique su plan de vigilancia y sus prácticas para hacer frente al riesgo de violaciones. Si este mecanismo de notificación formal no produce los efectos esperados, la persona puede entonces notificar legalmente a la empresa para que un tribunal civil pueda eventualmente obligarla a modificar su plan de vigilancia y su aplicación para que sea capaz de prevenir con eficiencia los riesgos identificados

por las y los denunciantes.

2 - Si se detectan violaciones de los derechos humanos o graves abusos medioambientales en la cadena de suministro de una empresa, los afectados también pueden presentar una demanda civil ante los tribunales para reclamar una indemnización por daños y perjuicios y reparaciones proporcionales al daño sufrido.

Invocando el ejercicio de sus derechos a través de esta ley pionera a nivel internacional, ProDESC, ECCHR y las y los defensores de Unión Hidalgo ponen en aviso a EDF para obligar a la empresa a responder a las alertas emitidas por las y los defensores de la comunidad de Unión Hidalgo y evitar las violaciones de los derechos humanos en su territorio. En su carta de emplazamiento, las y los denunciantes recuerdan a EDF sus responsabilidades, ya que, al parecer, la empresa está decidida a llevar a cabo su proyecto cuando no se garantiza el derecho al CLPI de los pueblos indígenas y que «las personas defensoras de los derechos humanos en Unión Hidalgo han sido estigmatizadas, acosadas, amenazadas y criminalizadas públicamente por los partidarios del proyecto»²⁶.

En un país donde las comunidades indígenas han sido históricamente objeto de discriminación estructural por parte de las autoridades públicas, ante un Estado capturado por las empresas, estas amenazas son significativas²⁷.

Esto es especialmente preocupante en una región que ha sido sumergida en un contexto de repetidos actos de violencia comunitaria y asesinatos de defensores indígenas de la tierra y del medio ambiente. Según las informaciones oficiales del gobierno mexicano, 27 personas defensoras del medio ambiente fueron amenazadas y 10 asesinadas en diversos conflictos ambientales entre enero y mayo de 2020²⁸. Concretamente en la región, el 21 de junio de 2020, en una de las comunidades cercanas a Unión Hidalgo, fueron asesinadas 15 personas en un contexto de tensiones debidas a intereses económicos contrapuestos, entre ellos la energía eólica²⁹.

26 ProDesc, ECCHR, representantes de la Comunidad de Unión Hidalgo, *Aviso formal en el marco de la Ley N° 2017-399 sobre el Deber de Vigilancia de las sociedades matrices y las empresas ordenantes*, 26 de septiembre de 2019. Véase el *comunicado de prensa* emitido en esta ocasión en el sitio web del Business & Human Rights Resource Centre el, 2 de octubre de 2019.

27 La captura del Estado por parte de las empresas se define como «los medios por los que una élite económica socava el medio ambiente y la aplicación de los derechos humanos ejerciendo una influencia indebida sobre las instituciones públicas y los responsables de la toma de decisiones nacionales e internacionales». Estos medios incluyen: la manipulación comunitaria, la diplomacia económica, la interferencia judicial, la interferencia legislativa y política, la privatización de los servicios de seguridad pública y las prácticas de puertas giratorias. Red-ESCR, *Protesta por la captura de empresa*, 10 de octubre de 2017. Sobre el caso específico de EDF en México, véase ProDESC, *Energías renovables y captura corporativa del Estado: el caso de Electricité de France en el Istmo de Tehuantepec, Oaxaca*, noviembre de 2018.

28 Mayolo, H. *Defensores ambientales y territoriales*. Gobierno mexicano, 4 de septiembre de 2020.

29 Ferri, P. «Todas las violencias de México en la matanza de San Mateo del Mar», *El País*, 26 de junio de 2020.

UNA REGIÓN VÍCTIMA DE LAS DE VIOLENCIAS EN UN CONTEXTO DE ACAPARAMIENTO DE LOS RECURSOS

La actual relatora de la ONU sobre la situación de las personas defensoras de los derechos humanos, Mary Lawlor, también señala en su reciente informe del 24 de diciembre de 2020, que América Latina sigue siendo la región más peligrosa para el ejercicio del derecho a defender los derechos humanos. México, junto con Honduras, Brasil y

Colombia, encabezan el número de asesinatos. Más concretamente, Oaxaca -el estado en el que se desarrollaría

el proyecto *Gunaá Sicarú*- ha registrado el mayor número de ataques contra las y los defensores del medio ambiente, la tierra y el territorio en los últimos años³⁰.

A nivel mundial, según las informaciones del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, en 2020 se registraron 604 agresiones contra personas que trabajan en temas de derechos humanos relacionados con las empresas. Más de un tercio de estos casos estaban relacionados con la falta de consulta o la no obtención del consentimiento libre, previo

e informado de las comunidades afectadas, y casi la mitad de los ataques se produjeron durante protestas pacíficas contra actividades comerciales.

Además, según economistas mexicanos entrevistados en el *Nouvel Obs*, en 2014, la tortura, el encarcelamiento arbitrario y el asesinato en relación con los parques eólicos «[...] son muy reales y justificarían la suspensión de las inversiones, un gran debate nacional sobre la integración de los pueblos indígenas en el desarrollo, sin que se les imponga matándolos.»³¹

Los representantes de la comunidad, ProDESC y el ECCHR opusieron una demanda civil a EDF ante el tribunal judicial de París con base en la ley de vigilancia, el 13 de octubre de 2020, para evitar futuras vulneraciones graves de sus derechos, y para exigir que EDF cumpla con su obligación de vigilancia.

A pesar de la gravedad de los hechos denunciados, EDF desestima estas acusaciones y considera, en una carta fechada el 20 de diciembre de 2019, que «*el plan de vigilancia de EDF de 2018 cumple perfectamente con las obligaciones de la ley del 27 de marzo de 2017 sobre el deber de vigilancia*» y que «*las medidas de prevención y mitigación incluidas en el plan de vigilancia del Grupo se han implementado de manera eficiente.*» EDF se escuda detrás de su plan de vigilancia y su política de desarrollo sostenible, mientras guarda silencio sobre las irregularidades, violencias e intimidaciones que sufren

las poblaciones locales en primera línea de esta transición energética forzada.

Así, tras varios intentos de diálogo extrajudiciales entre la comunidad y las y los defensores de los derechos humanos de Unión Hidalgo para garantizar el respeto a su integridad física y a sus derechos fundamentales, las y los representantes de la comunidad, ProDESC y el ECCHR opusieron una demanda civil a EDF ante el tribunal judicial de París con base en la ley de

vigilancia, el 13 de octubre de 2020, para evitar futuras vulneraciones graves de sus derechos, y para exigir que EDF cumpla con su obligación de vigilancia.

En su demanda, las y los denunciantes reportan la palpable ausencia en el plan de vigilancia de EDF, para el año 2020, de una adecuada identificación de los riesgos de vulneración grave del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y a la integridad física de las comunidades afectadas por el proyecto. Las y los demandantes sostienen que, en su versión actual, el plan de vigilancia sólo contiene una identificación fragmentaria e inespecífica de los riesgos, y ninguna medida adecuada para prevenir las posibles infracciones y afectaciones derivadas de su proyecto. Lo que está en juego en esta acción legal remite a la esencia misma de la ley sobre el deber de vigilancia, así como a las demandas realizadas por la comunidad de Unión Hidalgo desde 2015: la suspensión del proyecto *Gunaá Sicarú* mientras el plan de vigilancia de EDF no impida efectivamente las violaciones al CLPI de los pueblos indígenas y a la integridad física de las y los defensores de los derechos humanos vinculados a su proyecto *Gunaá Sicarú*.

30 Centro Mexicano de Derecho Ambiental, *Informe sobre la situación de las personas defensoras de los derechos humanos ambientales*, México, marzo de 2020, p. 17.

31 Declaración en entrevista recogida por el diario *Le Nouvel Obs* el 2 de octubre de 2014, «*Revueltas y muertes sospechosas en torno a los parques eólicos mexicanos*» (Traducción no oficial).

Este recurso ante el Tribunal de París para dar una respuesta a la falta de vigilancia de EDF en México, apunta de manera indirecta a las carencias de los poderes públicos y ala falta de voluntad de las autoridades francesas para garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de empresas francesas, máxime cuando el Estado francés es accionista mayoritario de dichas empresas. En efecto, a lo largo

de estos procedimientos judiciales y extrajudiciales en México y en Francia, se ha advertido al Estado francés de los riesgos de violaciones de los derechos de la comunidad de Unión Hidalgo por parte de EDF, sin que los poderes públicos intervengan para que EDF modifique sus prácticas corporativas en Unión Hidalgo.

3. Los incumplimientos de los poderes públicos franceses

El 20 de diciembre de 2017, en paralelo con los recursos presentados ante los tribunales mexicanos, ProDESC logra establecer los vínculos entre el proyecto en Unión Hidalgo con EDF y el Estado francés: la asociación se pone en contacto con los servicios económicos de la embajada de Francia en México y solicita un diálogo directo entre los ejecutivos de EDF en París y los representantes de la comunidad zapoteca de Unión Hidalgo para alertar a los ejecutivos de EDF sobre las violaciones del derecho constitucional mexicano y de las normas jurídicas internacionales relacionadas con su proyecto *Gunaá Sicarú* y las acciones de sus filiales mexicanas.

Este contacto con la Embajada de Francia da cuenta de la confianza que las y los defensores de los derechos humanos y ProDESC tenían entonces en los poderes públicos franceses para reclamar que la empresa estatal EDF respetara el derecho internacional y constitucional mexicano.

Al constatar el fracaso de este primer contacto, dos personas defensoras de los derechos humanos de Unión Hidalgo y ProDESC acudieron oficialmente al PNC de la OCDE en París, en febrero de 2018, para buscar el apoyo de esta instancia pública extrajudicial de mediación en la resolución del conflicto que se estaba generando³².

El PNC francés de la OCDE está en el centro del mecanismo público creado por Francia a principios de la década de 2000 para hacer llegar a las empresas francesas las cuestiones de buena gobernanza y respeto de los derechos humanos y el medio ambiente: presidido y administrado por la Dirección General del Tesoro, el PNC está compuesto según un modelo tripartito e incluye a seis sindicatos, el Movimiento de Empresas de Francia (MEDEF) y cinco ministerios públicos (el Ministerio de Economía, Finanzas y Recuperación; el Ministerio de las Solidaridades y la Salud; el Ministerio del Trabajo, del Empleo y de la Integración; el Ministerio de Europa y de Asuntos Exteriores y el Ministerio de la Transición Ecológica).

32 Bommier, S., «Sobre la contribución del deber de vigilancia al concepto de bienes comunes y el caso de Unión Hidalgo contra EDF (México)», *op. cit.* p. 11 (Traducción no oficial).



Estamos sufriendo por culpa de este proceso de consulta. La empresa podría evitar estas violaciones de nuestros derechos y apoyar a nuestra comunidad. Queremos que EDF se asegure de que, como empresa francesa, respete las normas y leyes francesas y que no incurra en la corrupción que existe en México. Pido a todos los ciudadanos franceses que se pongan en nuestro lugar. Si lo hacen, verán y sentirán nuestro sufrimiento. Sólo pedimos que se respeten los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente.

Pedro Matus, campesino y habitante de Unión Hidalgo.

A partir de ese momento, todo el aparato estatal francés fue informado formalmente del caso de EDF en México, y de la evolución de la situación en Unión Hidalgo en detalle. El comunicado final del PNC sobre el caso EDF, publicado el 10 de marzo de 2020, corrobora esta implicación de los poderes públicos franceses a lo largo del procedimiento. De hecho, el comunicado hace referencia a la participación directa de múltiples administraciones:

«■ El 16 de octubre de 2018, el PNC propone organizar la audiencia de ECCHR el 6 de noviembre de 2018. Dada la disponibilidad de ECCHR, tiene lugar el 10 de enero de 2019 en forma de una videoconferencia desde el Servicio Económico de la Embajada de Francia en Berlín. [...]»

■ El PNC organiza una reunión local entre las partes. La reunión reúne a ProDESC, la filial estadounidense de EDF Renewables y a EDF Renewables México en el Servicio Económico Regional (SER) de la Embajada de Francia en la Ciudad de México, en presencia del Secretario General del PCN por videoconferencia. [...]»

■ El PNC organiza una reunión entre las partes con la presencia de las sedes de las empresas. El PNC envía su propuesta a las partes el 28 de junio de 2019, que EDF acepta rápidamente. La reunión tuvo lugar el 18 de julio de 2019 en forma de conferencia telefónica entre el Servicio

“ Económico Regional de la Embajada de Francia en la Ciudad de México, el Ministerio de Economía y Finanzas en París y EDF en San Diego, Estados Unidos. El encuentro reúne a ProDESC, que representa a los quejosos, a EDF, a EDF Renewables, a EDF Renewables Americas, a EDF Renewables México y a su filial Eólica de Oaxaca, así como al PNC, representado por el Ministerio de Europa y de Asuntos Exteriores y la Secretaría. El debate se centra en las expectativas expresadas por los denunciantes el 3 de junio de 2019;

■ En su reunión del 14 de octubre de 2019, el PNC decide consultar a la OIT sobre la aplicación del Convenio 169, a la Embajada de Francia en México y al PNC mexicano antes de cerrar su comunicado final.»³³

Al retirarse las y los representantes de Unión Hidalgo y ProDESC del procedimiento del PNC, a finales de julio de 2019, el Estado francés no sólo conocía la situación de Unión Hidalgo y las denuncias de las asociaciones y de las y los defensores mexicanos contra EDF, sino también las relaciones de poder y la estrategia desplegada por la empresa en México, y en Unión Hidalgo en particular, a través de sus filiales EDF Renewables, EDF Renewables America, EDF Renewables México y Eólica de Oaxaca.

El silencio del Estado en los meses siguientes, y en particular cuando ProDESC, el ECCHR y las y los defensores de los derechos humanos de Unión Hidalgo pusieron a EDF sobre aviso y lo comunicaron en la prensa, plantea dudas sobre la voluntad política del Estado francés y de sus ministerios de aplicar las obligaciones relativas al deber de vigilancia a las empresas francesas y, en particular, a las empresas francesas en las que invierte y de las que tiene el control.

La Agencia de Participaciones del Estado (APE), accionista mayoritario de EDF, tiene una responsabilidad especial en el seno de los poderes públicos franceses por los incumplimientos observados en Unión Hidalgo.

33 PNC francés de la OCDE, *Circunstancia específica «EDF & EDF Renovables en México»*, Comunicado final, 10 de marzo de 2020, pp. 6-8.



02

**LA AGENCIA DE
PARTICIPACIONES DEL
ESTADO (APE): UN
FRACASO DEL ESTADO
ACCIONISTA SOBRE LA
EJEMPLARIDAD DE LA
RENDICIÓN DE CUENTAS
CORPORATIVA**

El Estado francés posee el 83.6% del capital de EDF, con un compromiso accionarial de unos 21.000 millones de euros. Esto representa nada menos que el 40% de la cartera de la Agencia de Participaciones del Estado (APE)³⁴, la agencia pública que gestiona, como «entidad accionista», la estrategia de participación pública del Estado francés.

LA APE EN ALGUNAS CIFRAS³⁵

El mayor accionista público francés

55 personas
Una administración muy pequeña a cargo de una enorme cartera

85 empresas
incluidas
11 que cotizan en bolsa

El mayor accionista público francés

El valor total de la cartera se estima en **84.500 millones de euros**

la energía representa el **53,3 %** de la **capitalización bursátil**

el sector aeroespacial/de defensa: 26,1 %
las infraestructuras y el transporte aéreo: 9,2 %
las telecomunicaciones: 7,3 %
los servicios financieros: 2,2 %
el sector del automóvil: 1,9 %

Un poder de nombramiento en el marco del gobierno corporativo...: participación en el nombramiento de cerca de **730 administradores** que actualmente forman parte de los consejos de administración de las empresas de su cartera, de los cuales 310 representan o son propuestos por el Estado, más la propuesta de 90 personalidades cualificadas en las empresas públicas.

Misiones específicas en nombre del Estado

la APE supervisa el seguimiento de las empresas de su cartera, al tiempo que «participa en los trabajos interministeriales y abastece a los gabinetes y a los ministros [a través de] 28 directores y responsables de inversiones, la mayoría de los cuales son funcionarios»³⁶.

Resultado de una historia turbulenta al ritmo de las olas de nacionalizaciones y privatizaciones, la legitimidad del Estado francés como accionista se basa hoy en una visión del poder público como institución al servicio de la creación de valor económico y la defensa de intereses nacionales estratégicos. Como tal, el Estado francés es accionista en muchas empresas, nombra a administradores y participa en la gestión de algunas de las más importantes empresas francesas.

Una política que el Ministerio de Economía y Hacienda resume así en sus Directrices para el Estado Accionista, publicadas en 2014.

«El Estado debe tener capacidad para intervenir en el capital, de forma mayoritaria o minoritaria, en sociedades mercantiles, cotizadas o no: el Estado se comporta como un inversionista sabio con una visión estratégica, una apreciación de los riesgos y una capacidad de intervención o anticipación que le son propias.»³⁷

En la actualidad, dos instituciones comparten la función de accionista público de forma complementaria: la Agencia de Participaciones del Estado (APE) y la Banca Pública de Inversión (BPI Francia). Mientras que BPI Francia «favorece participaciones minoritarias, en pequeñas y medianas empresas y empresas de tamaño intermedio con vistas a salir al final de una etapa de su desarrollo, de su crecimiento internacional o de

Dos instituciones comparten la función de accionista público de forma complementaria: la Agencia de Participaciones del Estado (APE) y la Banca Pública de Inversión (BPI Francia).

³⁴ APE, *Informe de actividad 2019-2020*, p. 30-31.

³⁵ APE, *Informe de actividad 2019-2020*, op. cit.

³⁶ Tribunal de Cuentas, *El Estado accionista*. Informe público temático, enero de 2017, p. 230.

³⁷ APE, *Directrices para el Estado accionista*, 2014, p. 1.

su consolidación»³⁸, la APE favorece «tanto una participación mayoritaria como una participación con horizonte temporal potencialmente muy largo en las empresas en las que está presente».³⁹

(1) En una economía cada vez más al servicio de las finanzas, y para adaptarse a la liberalización de los mercados y a los crecientes controles de la Unión Europea sobre las modalidades de financiamientos públicos, el Estado francés quiso, a través de la APE y de BPI Francia, renovar y perpetuar el marco jurídico del Estado accionista para mantener un cierto control sobre los activos estratégicos nacionales. Aunque las empresas públicas controladas por el Estado tienen el deber de dar el ejemplo en materia de respeto de los derechos

humanos, la acción judicial contra EDF en México demuestra que las exigencias impuestas por el derecho internacional y la ley sobre el deber de vigilancia no se tienen en cuenta en la gestión realizada por la APE de las empresas de su cartera. (2) La APE se refugia, desde este momento, detrás de un discurso que no logra enmascarar la falta de medios y de voluntad para aplicar una política de participación pública responsable, en particular en lo que respecta al deber de vigilancia en materia de derechos humanos y de medio ambiente. (3) El último episodio de esta negativa a condicionar la participación pública a los requisitos sociales y medioambientales fueron los debates sobre los proyectos de recuperación económica en la primavera y el verano de 2020.



Reunión de consulta el Proyecto Gunna Sicarú de EDF en Unión Hidalgo, Oaxaca



Personas defensoras de derechos humanos y Asamblea de Comuneros de Unión Hidalgo

³⁸ *Ibid.*, p. 2.

³⁹ *Ibid.*

1. Breve historia de la APE: de la Dirección General del Tesoro al Ministerio de Economía, Hacienda y Reactivación

El 2 de marzo de 2003, Francis Mer, Ministro de Economía, Finanzas e Industria del Gobierno de Raffarin, ex banquero de negocios y ex director general del gigante del acero Arcelor, anunció la creación de la APE. Este anuncio se produce tras la publicación de dos informes sobre la eficacia del Estado accionista, uno elaborado por una comisión parlamentaria -el «Informe Douste-Blazy»- y otro por personalidades del mundo empresarial encabezadas por Francis Mer -el «Informe Barbier de la Serre»-.

Estos dos informes se presentaron como respuesta a los problemas financieros de dos grandes empresas públicas: EDF y France Telecom. Las estrategias de fusiones y adquisiciones y de endeudamiento llevadas a cabo, entonces, por estos dos grandes grupos en respuesta a la política de la Unión Europea de apertura a la competencia de los mercados de la energía y las telecomunicaciones los habían puesto en peligro. En este contexto, los informes Douste-Blazy y Barbier de la Serre, que apoyan ambos la tesis de la debilidad del Estado accionista,⁴⁰ abrieron el camino a una estrategia denominada «de normalización», centrada en los consejos de administración como lugar de control y definición de la estrategia de estos grandes grupos, mediante la creación de una agencia estatal dedicada al papel de accionista público⁴¹.

La APE se estableció finalmente por decreto el 9 de septiembre de 2004. Entonces, tomó la forma de un *Servicio con competencia nacional* adscrito a la Dirección General del Tesoro. En Francia, estos servicios forman una categoría híbrida de servicio administrativo, entre la administración central y la administración descentralizada que cumple misiones operativas en el conjunto del territorio nacional (funciones de gestión, estudios técnicos o de formación, actividades de producción de bienes o prestaciones de servicios).

Así, un Servicio con competencia nacional puede estar adscrito a un ministro (en cuyo caso se crea por decreto del Consejo de Estado), o a un director de la administración central, a un jefe de departamento o un subdirector (en cuyo caso se crea por orden ministerial). La APE, desde este momento, lleva, como servicio público dedicado, el mandato específico de un accionista público:

«La creación de la Agencia, en 2004, como servicio de competencia nacional respondía a la necesidad de encarnar en el Estado la función de accionista y de promoción de sus intereses patrimoniales, distinta de las funciones de regulación, recaudación de impuestos, supervisión sectorial o comprador que el Estado ejerce por otra parte.»⁴²

En 2011, la gobernanza de la APE cambió: la Agencia se convirtió en una entidad autónoma, liberada del control que antes ejercía el Tesoro, y fue colocada bajo la supervisión directa del Ministro de Economía y Hacienda. Como señaló el Tribunal de Cuentas en un informe de 2017:

«La misión de la APE se amplió en 2010 incluyendo cuestiones industriales, económicas y sociales. Su director general se convirtió en comisionado para las participaciones del Estado, dependiendo directamente del ministro responsable de la economía (y ya no bajo el director general del Tesoro). El Estado deseaba "poner en primer plano la visión

40 Los puntos débiles señalados son los siguientes: un control estatal demasiado meticuloso en la gestión diaria y demasiado débil en las decisiones estratégicas, una falta de profesionalidad, confusión entre los papeles de regulador, accionista y cliente del Estado y, por último, un fuerte gerencialismo en las empresas públicas.

41 Coutant, H., «The State as a holding company? The rise of the Agence des Participations de l'Etat in the French industrial policy», *Society for the Advancement of Socio-Economics*, Chicago, Estados Unidos, julio de 2014, p. 3.

42 APE, *Informe de actividad 2019-2020*, op. cit., p. 10.

industrial de las participaciones [...] respetando sus intereses patrimoniales y el objeto social de las mismas". El comisario "dirige la política accionarial del Estado, en sus aspectos económicos, industriales y sociales"⁴³.

Esta autonomía de la APE y este reconocimiento oficial de un mandato específico que combina cuestiones económicas, industriales y sociales bajo el control directo del ministro, se acompaña de la publicación de un informe anual sobre el Estado accionista transmitido a los parlamentarios franceses cada primer martes de octubre. El objetivo declarado es claro: «Mejorar la calidad y la regularidad de la información proporcionada por el Estado accionista, tanto al Parlamento como a los ciudadanos»⁴⁴. Sin embargo, lejos de constituir la base de un debate parlamentario sobre el papel del Estado accionista, este informe se presenta únicamente como un anexo informativo, entre otros muchos, del proyecto de ley de finanzas examinado en otoño por el Parlamento.

Esta falta de debate democrático sobre el papel de la APE se señala regularmente.

Esta falta de debate democrático sobre el papel de la APE se señala regularmente. Ya en 2008, el Tribunal de Cuentas deploraba «una línea estratégica poco clara»⁴⁵. Habrá que esperar la celebración de la primera década de la agencia para verla dotarse, por fin, en 2014, de *directrices*. En efecto,

«En su creación, la APE no fue dotada de una doctrina de intervención. Ésta debía ser establecida por un comité interministerial del Estado accionista, que nunca ha sido convocado»⁴⁶.

Esta constatación es definitiva, y refleja una institución impulsada por una perspectiva que combina la rentabilidad financiera y la defensa de intereses estratégicos, y en la que las declaraciones de «ejemplaridad» y «responsabilidad social de las empresas» parecen limitarse a un ejercicio de comunicación, sin traducción efectiva en la realidad.

2. La APE: entre opacidad y efectos de comunicación

Publicadas en 2014, las *directrices* de la APE insisten en cuatro objetivos de intervención:



—> OBJETIVO N° 1 – soberanía

El Estado debe tener un nivel suficiente de control en empresas de carácter estructuralmente estratégico, como las actividades nucleares y las relacionadas con la defensa;

—> OBJETIVO N° 2 – infraestructuras y grandes operadores de servicio público

El Estado puede garantizar la existencia de «operadores resistentes» para atender las necesidades fundamentales del país: infraestructuras públicas, grandes operadores de servicio público, nuevas redes o servicios;

⁴³ Tribunal de Cuentas, *El Estado accionista*, op. cit., p. 77.

⁴⁴ Página web del Ministerio de economía, de las finanzas y de la recuperación, APE: «El informe del Estado accionista». Consultado el 07/04/2021.

⁴⁵ Tribunal de Cuentas, *El Estado accionista*, op. cit., p. 77.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 77.

→ **OBJETIVO Nº 3** - sectores y canales estratégicos

El Estado puede optar por apoyar el desarrollo y la consolidación de empresas nacionales, especialmente en sectores y canales cruciales para el crecimiento económico nacional;

→ **OBJETIVO Nº 4** - rescate

el Estado se reserva el derecho de intervenir en operaciones de rescate, dentro del marco definido por la legislación europea, cuando la desaparición de una empresa suponga un riesgo sistémico probado.»⁴⁷

El mismo documento menciona también seis criterios considerados decisivos para el éxito y el crecimiento de las empresas de su cartera, a los que el Estado, como accionista, debe prestar especial atención:

- * *La calidad de los dirigentes y de los procesos de gestión de las sucesiones;*
- * *La calidad y la coherencia de la estrategia;*
- * *La situación de las cuentas y la estructura financiera;*
- * *La calidad de los administradores y el respeto de los principios de buen gobierno;*
- * *La ejemplaridad de la empresa en cuanto a los valores a los que el Estado está especialmente apegado;*
- * *El anclaje territorial de sus centros neurálgicos.⁴⁸*

Estos elementos parecen definir una estrategia clara para la APE: asegurar la estabilidad financiera de las empresas de su cartera para garantizar los intereses estratégicos, las grandes infraestructuras y los servicios públicos, así como los sectores y canales decisivos para el crecimiento económico nacional. La escueta referencia a «la ejemplaridad de la empresa en cuanto a los valores a los que el Estado está especialmente vinculado» plantea dudas, sobre todo porque estos «cuatro objetivos de intervención» y estos «seis criterios considerados decisivos» no mencionan las cuestiones relativas al cambio climático, la protección del medio ambiente, la salud, la seguridad y el respeto de los derechos humanos. Esto es tanto más cierto cuanto que una «advertencia» en la primera página de estas directrices apoya la teoría de una institución que se resiste a extraer las

consecuencias accionariales de sus compromisos declarados en materia de ejemplaridad: *edd «estas directrices no deben interpretarse como si llevaran al Estado a ajustar mecánicamente el nivel de sus participaciones a corto plazo»⁴⁹.*

Por el contrario, la comunicación institucional de la APE subraya regularmente que el Estado accionista impulsa «prioridades» en materia de responsabilidad social, societaria y medioambiental en el seno de las empresas de su cartera en torno a cuatro ejes: integración de la RSE en su estrategia, reducción de la huella de carbono de sus actividades, refuerzo de su comportamiento como empleador responsable y búsqueda de un impacto social positivo.

En su reporte de actividades 2019-2020, la APE hace de la integración de la responsabilidad social de las empresas (RSE) una «prioridad»⁵⁰, mientras que en su página web menciona su preocupación por la «ejemplaridad en materia de retribución, igualdad y responsabilidad social y medioambiental»⁵¹. En toda la comunicación pública de la APE también se menciona una «Carta de RSE», presentada por la Agencia como punto de referencia. Martin Vial, comisario en las participaciones del Estado desde agosto de 2015 y administrador de EDF en representación del Estado francés desde septiembre de 2015, afirma así en el reporte de actividad de la APE de 2019, en relación con la responsabilidad social y medioambiental de las empresas de la cartera de la APE:

«Esto se ha convertido en una nueva prioridad, es una "nueva frontera" para la APE. Las empresas deben en adelante integrar plenamente sus objetivos de responsabilidad social, societaria y medioambiental en su estrategia. Las empresas que obtienen mejores resultados a largo plazo son en efecto las que mejor han integrado su RSE en sus actividades. Dentro de la cartera, estos cambios se aplican de forma desigual. Por eso queremos alzar a todas las empresas de la cartera al mejor nivel en este ámbito a través de la "Carta RSE", que firmé en octubre de 2018. Como parte de esto, hemos puesto en marcha una amplia evaluación de la huella de carbono de las empresas de la cartera con el fin de apoyar y estimular a las empresas afectadas en sus ambiciones

⁴⁷ *Ibid.*, p. 78.

⁴⁸ APE, *Directrices para el Estado accionista*, op. cit., p. 2.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 1.

⁵⁰ APE, *Reporte de actividad 2019-2020*, op. cit., p. 22.

⁵¹ Página web del Ministerio de Economía, Finanzas y de la reactivación, APE: «Nuestra misión, nuestra doctrina». Consultado el 09/04/2021.

de transición energética y su integración en sus estrategias»⁵².

Sobre el papel, pues, los poderes públicos parecen entonces empeñados en ejercer, a través de la APE, un control decidido para promover la responsabilidad social y medioambiental en el

seno de las empresas en las que invierte.

El informe del Tribunal de Cuentas publicado en 2017 también pone de manifiesto esta falta de consideración efectiva por parte de la APE para las cuestiones relativas a la responsabilidad de las empresas.

Sin embargo, a pesar de estas declaraciones de intención, la política de RSE de la APE y la transparencia necesaria para juzgar su aplicación no se encuentran en ninguna parte:

✱ No hay rastro de esta «Carta de RSE» en la página web de la institución.

✱ No se menciona en los informes presentados a los parlamentarios los medios que

tiene para controlar las cuestiones de derechos humanos y medioambientales de las empresas en las que nombra a los directores.

✱ No se menciona en los informes presentados a los parlamentarios ni en el sitio web de la APE el seguimiento de la eficacia de las medidas adoptadas con el rasero de los objetivos anunciados como formando parte de la Carta.

✱ Ninguna referencia a la estrategia de la Agencia para llevar la cuestión del deber de vigilancia al seno de los consejos de administración de estas empresas y para garantizar la aplicación efectiva, por parte de sus empresas de su cartera, de un proceso de vigilancia que cumpla con las obligaciones legales que emanan de la ley de 2017.

✱ No hay información que detalle el tipo de participación que la APE tiene dentro de las empresas de su cartera, ni sobre los derechos específicos vinculados a estas acciones. No hay información pública que permita una evaluación concreta de los poderes y competencias específicas que la APE puede ejercer sobre las empresas de su cartera. Sin embargo, una aclaración de estas cuestiones es esencial, ya que permitiría determinar con precisión el alcance de las obligaciones de la APE con respecto a las empresas en las que invierte y, posteriormente, de su posible responsabilidad en caso de violaciones de los derechos humanos.

El informe del Tribunal de Cuentas publicado en 2017 también pone de manifiesto esta falta de consideración efectiva por parte de la APE para las cuestiones relativas a la responsabilidad de las empresas, pidiendo también al Estado que integre plenamente en sus prácticas y estrategias accionariales las cuestiones de sustentabilidad social y ambiental:

«Hay que reforzar la anticipación y el control de los riesgos, sobre todo en el caso de las empresas de propiedad total o mayoritaria del Estado. Para que los accionistas integren plenamente esta dimensión en su diálogo estratégico con los dirigentes, debería exigirse una mayor transparencia, publicando en el informe anual del Estado accionista un análisis de los factores de riesgo que pesan sobre su cartera. La modernización de las herramientas de gestión es un requisito previo para mejorar el rendimiento de las misiones del Estado como accionista, ya sea mediante la creación de un cuadro de mando para el seguimiento de las participaciones, una herramienta para medir transversalmente y regularmente los principales riesgos vinculados a la cartera, o la medición de su rendimiento según criterios que hay que definir que ya no sean estrictamente financieros, sino que incluyan la sustentabilidad social y medioambiental de su desarrollo, y que se extiendan a las sociedades no cotizadas.»⁵³

52 APE, *Reporte de actividad 2018-2019*, 2019, p. 7.

53 Tribunal de Cuentas, *El Estado accionista*, op. cit., p. 232.

El énfasis puesto por la APE en su «ejemplaridad» y en su «Carta de RSE» parece, por tanto, querer compensar, mediante una estrategia de comunicación institucional, la opacidad que mantiene respecto a la consideración de la ley sobre el deber de vigilancia y las cuestiones relativas a los derechos humanos y al medio ambiente en el seno de los consejos de administración en los que está representada. En cualquier caso, la participación mayoritaria de APE en el Grupo EDF refleja necesariamente su considerable influencia en el Grupo. Como se expondrá más adelante en este informe, esta influencia y el hecho de que la APE esté bajo la supervisión del Ministerio de Economía

y Finanzas hacen que el Estado francés pueda ser considerado responsable de la violación de su obligación positiva de respetar los derechos humanos en virtud de los convenios internacionales ratificados por Francia.

Sin embargo, hay que señalar que los llamamientos a la transparencia y a un debate democrático sobre los medios utilizados por la APE para ejercer esta responsabilidad y aplicar esta ejemplaridad son rechazados de plano por el gobierno, como se observó durante la elaboración de los planes de reactivación, tras la crisis del COVID19.

3. Plan de reactivación post-COVID 19: una oportunidad perdida para revisar el mandato de la APE

Los recientes pronunciamientos del gobierno indican que la falta de transparencia de la APE en materia de derechos humanos y medio ambiente no es el resultado de una simple negligencia en una institución impulsada por la defensa de los «intereses estratégicos de la nación». Por el contrario, la negativa del gobierno y de la APE a imponer condicionalidades sociales y medioambientales en sus financiamientos es el resultado de una línea política constante, deliberada y asumida para cortar cualquier debate sobre la responsabilidad del Estado accionista.

Así lo demuestran las discusiones de la primavera y el verano de 2020 sobre el segundo y el tercer proyecto de ley de presupuestos rectificativa (PLFR2 y PLFR3). En abril de 2020, en medio del confinamiento ligado a la pandemia de COVID19 y cuando surge una grave crisis económica, el Gobierno propuso conceder 20.000 millones de euros de crédito a una serie de grandes empresas en dificultades (Air France, Renault, Vallourec, etc.) a través de la APE. En vísperas de los debates parlamentarios, muchas asociaciones dan la voz de alarma

por el hecho de que «no se establece concretamente ninguna condición de reducción de la huella ecológica (gases de efecto invernadero, uso de recursos naturales) para el posible pago de estas ayudas públicas por parte de la APE»⁵⁴.

En este contexto, Bérangère Abba, entonces diputada de la mayoría parlamentaria, presentó una enmienda al proyecto de ley, co-firmada por todos los diputados del grupo LREM y apoyada por el Gobierno, en la que se afirmaba que «la Agencia de Participaciones del

⁵⁴ Alemana I., y Schaub, C., «¿El Estado extenderá un cheque de 20.000 millones a las empresas contaminantes sin ninguna contrapartida?», *Libération*, 17 de abril de 2020.

Esta negativa del Estado a utilizar su palanca accionarial para empujar a las empresas de su cartera a cambiar sus prácticas y modelos de negocio a través de las condicionalidades inscritas en la Ley sobre el Deber de Vigilancia se repetirá durante el PLFR3.

Estado velará por que estas empresas integren plenamente y de forma ejemplar los objetivos de responsabilidad social, societaria y ambiental en su estrategia, en particular en lo que respecta a la lucha contra el cambio climático»⁵⁵. A la vista de las profundas deficiencias de las Directrices

y la Carta de RSE de la APE descritas anteriormente, esta modificación muestra una flagrante falta de voluntad política por parte del Ministerio de Economía y Finanzas y de la APE. En efecto, como lo señalan organizaciones de la sociedad civil, esta enmienda «propone de hecho no cambiar nada, porque las empresas de las que se habla ya tienen políticas de responsabilidad RSE que les sirven principalmente para dar un toque verde a sus actividades y no son en absoluto vinculantes»⁵⁶. Esta situación también es denunciada por muchos miembros de la oposición, como Matthieu Orphelin, que denuncia «el lavado verde. [Esta enmienda] no impone ninguna obligación a las empresas. Corresponde a los responsables políticos y a las normativas nacionales fijar el rumbo»⁵⁷.

Esta negativa del Estado a utilizar su palanca accionarial para empujar a las empresas de su cartera a cambiar sus prácticas y modelos de negocio a través de las condicionalidades inscritas en la Ley sobre el Deber de Vigilancia se repetirá durante el PLFR3, sobre una enmienda parlamentaria inspirada por el CCFD-Terre Solidaire y Sherpa relativa a la transparencia de las empresas en torno a la publicación de su plan de vigilancia.

De hecho, la ley sobre el deber de vigilancia obliga a todas las grandes empresas a publicar un plan en el que se detallen los riesgos de violaciones, sobre todo de los derechos humanos y el medio ambiente, y las sanciones aplicadas para evitarlas. Sin embargo, en un estudio publicado con motivo de la actualización del radar del deber de vigilancia, el CCFD-Terre Solidaire y Sherpa constataban en junio de 2020 que de las 265 empresas identificadas como sujetas a la ley del deber de vigilancia, más de 60 no habían publicado a priori un plan de vigilancia, a pesar de su obligación legal. Una enmienda presentada por varios grupos parlamentarios de la oposición proponía entonces condicionar cualquier nueva ayuda estatal al cumplimiento de esta obligación de publicación, con el fin de reforzar la transparencia en la aplicación del deber de vigilancia por parte de las empresas. Esta sencilla condición, que pretendía garantizar que ninguna empresa al margen de la ley pudiera beneficiarse de ayudas estatales, también fue rechazada por el Gobierno y la mayoría parlamentaria. Olivia Grégoire, entonces diputada de la mayoría en el Gobierno, abandonó así, en nombre de su grupo, cualquier ambición por parte del Estado francés de dar el ejemplo en materia de derechos humanos y cuestiones ambientales, afirmando el «absurdo» de imponer unilateralmente condiciones a las empresas:

«Debemos ser tan cautelosos como decididos cuando tocamos el tema de la eco-condicionalidad. [...] Al final, en un tema tan importante, no podemos crear una revolución en un solo país. Europa lleva años diciéndonos que va a avanzar; lo está haciendo, elaborando sus propuestas; ¡Sólo tenemos que esperar seis meses! [...] Hay que poner las cosas en marcha sin caer en el absurdo. Sería absurdo inyectar miles de millones sin una contrapartida; pero sería igual de absurdo introducir contrapartidas que disminuyeran el efecto de esos miles de millones»⁵⁸.

⁵⁵ Abba, B. y otros, *Enmienda n° 433, Proyecto de ley de finanzas rectificativa n° 2820 para 2020*, Asamblea Nacional, 16 de abril de 2020.

⁵⁶ Alemagna I., y Schaub, C., «¿El Estado extenderá un cheque de 20.000 millones a las empresas contaminantes sin ninguna contrapartida?», *op. cit.*, Véase también el comunicado de prensa del CCFD-Terre Solidaire.

⁵⁷ Alemagna I., y Schaub, C., «¿El Estado extenderá un cheque de 20.000 millones a las empresas contaminantes sin ninguna contrapartida?», *op. cit.*

⁵⁸ Asamblea nacional, *Reseña integral, Proyecto de ley de finanzas rectificativa para 2020*, sesión del jueves 9 de julio de 2020.

Démissions
successives du
gouvernement
français et de l'APE
à mettre en œuvre
de manière concrète
l'exemplarité dont
ils se targuent dans
leur communication.

Estos debates en torno a los proyectos de ley de finanzas rectificativas del año 2020 ilustran así las sucesivas renunciadas del gobierno francés y de la APE a aplicar concretamente la ejemplaridad de la que presumen en su comunicación. La política de participación pública,

basada en una visión del Estado estratégico, nunca ha proporcionado un marco coherente, transparente y concreto para garantizar que las empresas que reciben ayudas públicas respeten los derechos humanos y el medio ambiente en todo el mundo. En este sentido, el Estado francés se niega a asumir su responsabilidad como inversionista responsable. Sin embargo, todo un conjunto de leyes establece la responsabilidad del Estado francés como inversionista público. Por lo tanto, el hecho de que los poderes públicos no controlen de forma efectiva ni rindan cuentas públicamente de la actuación de EDF en Unión Hidalgo no es sólo una falta moral y política, sino también una violación del derecho internacional vigente.

UNA INSTITUCIÓN QUE LUCHA POR TENER PESO EN EL SENO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN

«El seguimiento de una cartera tan compleja requeriría un mayor número de ejecutivos con suficiente experiencia para que, como recomienda el informe Barbier de La Serre, el Estado accionista pudiera debatir «de igual a igual» con los gestores de las empresas, especialmente en el seno de los consejos de administración. La corta permanencia de los directores y la alta rotación del personal son factores de fragilidad, sobre todo en lo que respecta a la influencia que se busca con las empresas y en el seno de los órganos de gobierno. Esta situación contrasta con las prácticas observadas en las sociedades de inversiones privadas cuyos ejecutivos permanecen en el cargo durante más tiempo, lo que facilita las relaciones con las empresas.⁵⁹»



— Asamblea de comuneras y comuneros de Unión Hidalgo, Oaxaca —

59 Tribunal de Cuentas, *El Estado accionista*, op. cit., p. 230.

03

RESPONSABILIDADES DEL ESTADO ACCIONISTA: UN MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL ESTABLECIDO



Al definir y aplicar las normas del comercio internacional, o al participar en prácticas de diplomacia económica, los Estados desempeñan un papel fundamental a la hora de apoyar y facilitar el despliegue en el extranjero de las empresas con sede en sus territorios.

Los Estados han reconocido y establecido repetidamente en el derecho internacional su propia responsabilidad de proteger, respetar y remediar cualquier violación extraterritorial de los derechos humanos resultante de sus actividades o de las de uno de sus nacionales.

Algunas actividades requieren, por ejemplo, licencias de exportación o de explotación, es el caso del comercio de armas o de la industria eólica⁶⁰. Los Estados también pueden facilitar el desarrollo de actividades económicas a través de los seguros de crédito a la exportación. Por último, al igual que la APE, los Estados pueden desempeñar un papel más directo en las empresas, adquiriendo una participación directa en su capital o incluso formando parte de sus consejos de administración.

Por tanto, al igual que las empresas privadas, las empresas y administraciones públicas pueden tener un impacto negativo en los derechos humanos. Sin embargo, la «responsabilidad de las políticas»⁶¹ en materia de violaciones de los derechos humanos o de graves daños medioambientales derivados de la actividad empresarial suele limitarse a establecer un marco legal y reglamentario poniendo límites al ánimo de lucro de las empresas. Prueba de ello son las reticencias del gobierno y de los parlamentarios mayoritarios, durante el estudio del proyecto de *ley de programación sobre el desarrollo solidario y la lucha contra las desigualdades mundiales*, a reconocer la responsabilidad jurídica de los actores públicos en posibles

violaciones extraterritoriales de los derechos humanos o del medio ambiente cometidas por actores privados⁶².

Sin embargo, a través de la adopción de pactos, convenios, tratados y recomendaciones de las Naciones Unidas, la Unión Europea y la OCDE, los Estados han reconocido y establecido repetidamente en el derecho internacional su propia responsabilidad de proteger, respetar y remediar cualquier violación extraterritorial de los derechos humanos resultante de sus actividades o de las de uno de sus nacionales.

A través de estos instrumentos internacionales, los Estados asumen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran en sus territorios, así como de adaptar sus sistemas jurídicos y hacer cumplir estos derechos sin discriminación. Por un lado, la obligación de respetar los derechos humanos exige que el Estado y sus agentes no violen estos derechos, directa o indirectamente, mediante cualquier acción u omisión. Por otro lado, la obligación de garantizar los derechos humanos requiere que el Estado tome las medidas necesarias para que todas las personas bajo su jurisdicción puedan ejercerlos y disfrutarlos.

Los Principios de Maastricht, adoptados en 2011, desarrollan con detalles estas obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos en su dimensión extraterritorial.

60 La explotación de un parque eólico en Francia está regulada y requiere varias autorizaciones administrativas emitidas por el Estado, entre ellas una licencia de generación de electricidad y un permiso de construcción. Desde la *Ordenanza n° 2017-80 de 27 de enero de 2017*, que entró en vigor el 1 de marzo de 2017, están sujetos a «autorización ambiental».

61 Petitjean, O., *Deber de vigilancia. Una victoria contra la impunidad de las multinacionales*, 2019; p. 41.

62 A este respecto, véanse las enmiendas relativas a la obligación de vigilancia de los agentes públicos presentadas por varios grupos parlamentarios durante los debates en la Comisión de Asuntos Exteriores y en la Cámara relativos a la *ley de orientación y programación del desarrollo solidario y la lucha contra las desigualdades globales*. En particular, las enmiendas 418, 484, 520 (adoptadas), y 40, 388, 193, 194, 598 (rechazadas).

LOS PRINCIPIOS DE MAASTRICHT: BASE DE LA RESPONSABILIDAD EXTRATERRITORIAL DE RESPETAR, PROTEGER Y CUMPLIR LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El 28 de septiembre de 2011, un grupo de expertos en derecho internacional adoptó los Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Los Principios responden a la observación de que la falta de obligaciones extraterritoriales de los Estados representa el «eslabón perdido» para lograr la universalidad de los derechos humanos. En particular, el Preámbulo señala que «los derechos humanos de los individuos, grupos y pueblos se ven afectados por los actos y omisiones extraterritoriales de los Estados y dependen de ellos. En particular, el advenimiento de la globalización económica significa que los Estados y

otros actores globales tienen una influencia considerable en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en todo el mundo»⁶³.

Estos principios pretenden subsanar las lagunas del marco de derechos humanos, refiriéndose a la «falta de regulación en materia de derechos humanos y de responsabilidad de las sociedades transnacionales»⁶⁴ y a «la aplicación ineficaz de la normativa en materia de derechos humanos respecto a los acuerdos, políticas y litigios sobre inversiones y al comercio»⁶⁵.

Los Principios de Maastricht definieron el alcance de las obligaciones extraterritoriales de los Estados, incluyendo «las obligaciones relativas a los actos u omisiones de un Estado,

dentro o más allá de su territorio, que afecten el disfrute de los derechos humanos fuera del territorio de ese Estado»⁶⁶.

Como parte del derecho consuetudinario relativo a las obligaciones extraterritoriales de los Estados, los Principios de Maastricht fueron un punto de partida crucial en la elaboración y evaluación de la Observación general n° 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En virtud de estos principios, los Estados están obligados a respetar los derechos humanos derivados de sus compromisos internacionales y en particular del Pacto, pero también de protegerlos y garantizar su aplicación.

Una vez establecida el ancla de la responsabilidad extraterritorial de los Estados, queda por definir su alcance, sus modalidades y límites. ¿De cuáles medios se debe dotar un Estado para que sus actividades como inversionista público en empresas privadas estén conformes con sus obligaciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos? ¿En qué medida las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas públicas pueden constituir una violación de la obligación de respetar o proteger que recae sobre los Estados en virtud del derecho internacional?

Las normas jurídicas internacionales vigentes, que examinamos a continuación, son inequívocas: el Estado francés -tanto en su traje de soberano como en el de inversionista- está sujeto a rigurosas obligaciones de protección y respeto de los derechos humanos.

Así, la responsabilidad del Estado francés en el caso de EDF en México parece clara por dos motivos:

- ✦ Las violaciones extraterritoriales del derecho internacional de los derechos humanos fueron perpetradas por EDF, de la que el Estado es accionista mayoritario a través de la APE (1)
- ✦ el incumplimiento de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos ante violaciones extraterritoriales cometidas por un agente privado bajo su jurisdicción y control (2).

63 Consorcio ETO, *Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, enero de 2013, Preámbulo, p. 5.

64 *Ibid.*, Introducción, p. 3.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*, Principio 8, p. 6.

1. La responsabilidad de las empresas bajo accionariado público ante violaciones de los derechos humanos

Todas las empresas, que sean públicas o privadas, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y el medio ambiente en todas sus actividades. Tanto las Naciones Unidas como la OCDE han establecido una serie de normas relativas a la responsabilidad de las empresas (a). Estos estándares internacionales se extienden a los agentes financieros, y en particular a las empresas bajo accionariado público (b).

a. El marco general para la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos: los Principios Rectores de las Naciones Unidas relativos a las empresas y los derechos humanos

En 2011, tras seis años de trabajo del Representante Especial de la ONU para la cuestión de los derechos humanos, de las sociedades transnacionales y otras empresas, John Ruggie, el Consejo de los derechos humanos adoptó por unanimidad los Principios Rectores de la ONU relativos a las empresas y los derechos humanos.

Considerado como un texto de referencia en el derecho internacional, introduce la noción de vigilancia en materia de respeto de los derechos humanos, que se convertirá en la referencia para las cuestiones relativas a la responsabilidad de las empresas. Los Principios Rectores definen estas cuestiones según tres pilares complementarios:

- ✱ La obligación de los Estados de proteger los derechos humanos cuando terceros; incluidas las empresas, los violan;
- ✱ La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos;
- ✱ La necesidad de garantizar el acceso a

recursos efectivos, para que cualquier persona o grupo afectado pueda acceder a una reparación.

En cuanto a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, el **Principio 13** exige de las empresas:

«(a) Evitar los impactos negativos sobre los derechos humanos o contribuir a ellos a través de sus propias actividades, y remediar dichos impactos cuando se produzcan;

(b) Que traten de prevenir o mitigar los impactos negativos sobre los derechos humanos que estén directamente relacionados con sus actividades, productos o servicios a través de sus relaciones comerciales, incluso si no han contribuido a esos impactos»⁶⁷.

Se desprende de ahí una serie de principios que precisan esta responsabilidad, que han sido recogidos e introducidos en el derecho francés en el marco de la ley sobre el deber de vigilancia.

Entre estos principios, se especifica que el contenido de un proceso de vigilancia depende del tamaño, del sector y del contexto operativo de la empresa. En concreto, el Principio 7 establece que debe aplicarse una vigilancia reforzada a las operaciones en las zonas de conflicto, donde el riesgo de que se produzcan impactos graves sobre los derechos humanos es alto⁶⁸. Asimismo, estos principios instan a las

⁶⁷ Naciones Unidas, *Principios rectores relativos a las empresas y a los derechos humanos*, 2011, Principio 13, pp. 16-17.

⁶⁸ El Principio 7 destaca el mayor riesgo de que se produzcan violaciones graves de los derechos humanos en las zonas afectadas por conflictos y el apoyo que los Estados deben prestar en estas circunstancias, mientras que el Principio 24 llama la atención sobre el riesgo de complicidad en las violaciones graves de los derechos humanos y la necesidad de abordarlo como una cuestión de cumplimiento legal.

empresas a prestar especial atención a los individuos y grupos vulnerables, que suelen verse más afectados por los impactos negativos de sus actividades⁶⁹. También en este sentido, el Principio 23 y su comentario afirman que se

debe prestar mayor atención a las condiciones locales que impiden a una empresa respetar plenamente los derechos humanos, como por ejemplo cuando las leyes nacionales entran en contradicción con las normas internacionales.

LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ONU Y LA VIGILANCIA «REFORZADA» EN CONTEXTOS DE RIESGO

La vigilancia de las empresas es un concepto específico de la gobernanza de los actores económicos privados, inscrita en la legislación francesa a través de la Ley relativa al deber de vigilancia de marzo de 2017. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas definen esta vigilancia refiriéndose a la «debida diligencia» que las empresas deben aplicar desde el inicio de una nueva actividad o relación comercial para prevenir los riesgos de impactos negativos sobre los derechos humanos desde la fase de elaboración de un proyecto, la conclusión de contratos o acuerdos ligados al desarrollo de una actividad.

En particular, los Principios 17 a 21 describen el proceso de vigilancia que debe guiar a las empresas en la evaluación de

los impactos negativos de sus actividades sobre los derechos humanos.

Asimismo, en su informe de 2019 sobre las empresas y los derechos humanos, la Comisión Interamericana considera que «*En general, la CIDH y su Relatora sobre los derechos económicos y sociales reiteran su profunda preocupación por la situación de los defensores de los derechos humanos, y en particular de aquellos que defienden el medio ambiente, en el contexto de las actividades comerciales, ya que son el blanco de ataques de todo tipo en todo el continente. En este sentido, recuerdan que los Estados son los principales responsables de prevenir, identificar y sancionar las violaciones contra los defensores de los derechos humanos; es urgente que los Estados, y*

las propias empresas, incluidas las instituciones de inversión y financiación, pongan en marcha acciones eficaces para acabar con las crecientes formas de agresión, criminalización, vigilancia e impunidad contra estas personas en el contexto de las actividades comerciales.»⁷⁰

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas y su relevancia para los actores financieros han sido reconocidos explícitamente en varias iniciativas, por ejemplo, en la Recomendación del Consejo sobre los Enfoques Comunes para los créditos a la exportación beneficiando de un apoyo oficial y el deber de diligencia ambiental y social⁷¹, así como los Principios para la Inversión Responsable establecidos en 2006⁷².

69 Naciones Unidas, *Principios rectores relativos a las empresas y a los derechos humanos*, op. cit., Principio 12, pp. 15-16.

70 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Empresas y derechos humanos: normas interamericanas*, 2019, §32, pp. 25-26. (traducción no oficial).

71 Recomendación C (2016)38, adoptada el 28/06/2012. Consultada el 14/04/2021.

72 Son el resultado de un grupo de trabajo de expertos y ejecutivos de las finanzas internacionales, bajo los auspicios de la UNEP-Fi, una unidad del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente destinada a fomentar la adopción de las mejores prácticas medioambientales por parte de los profesionales de las finanzas, y del Pacto Mundial.

b. Las empresas bajo accionariado público: la responsabilidad del Estado accionista

Todas las empresas, públicas o privadas, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y el medio ambiente en todas sus actividades.

Los inversionistas y accionistas pueden desempeñar un papel importante en la prevención, mitigación y reparación de los impactos negativos de sus actividades sobre los derechos humanos. Los inversionistas tienen en efecto la capacidad de influir en el modo en que las empresas, en las que invierten, aborden y respeten los derechos humanos. Así, los bancos, inversionistas e instituciones financieras privadas deben aplicar eficazmente procedimientos de vigilancia, tal como se describen en los Principios Rectores anteriores, o como lo exige la legislación francesa, si fuera necesario, para evitar causar o contribuir a impactos negativos a través de sus operaciones, inversiones, productos o servicios bancarios.

Pero más allá de la responsabilidad de las empresas y de los inversionistas privados de ejercer su vigilancia en materia de derechos humanos en todas sus operaciones, las normas internacionales como las Directrices de la OCDE, los Principios Rectores de la ONU

y la labor del grupo de trabajo del Consejo de derechos humanos de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, conceden un lugar especial a la responsabilidad del Estado como accionista. Según estas normas, cuando el Estado o una de sus agencias –como la APE– ejercen el control accionarial sobre las empresas privadas, el Estado tiene una responsabilidad distinta y complementaria de la de las empresas para garantizar que éstas ejercen una vigilancia conforme a sus obligaciones.

El principio de responsabilidad del Estado accionista es afirmado en 2016 por el grupo de trabajo sobre las cuestiones de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en estos términos:

«Todas las empresas, ya sean de propiedad pública o totalmente privadas, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Esta responsabilidad es distinta, pero complementaria, al deber del Estado de proteger contra los abusos de los derechos humanos cometidos por las empresas. Este deber exige a los Estados que tomen medidas adicionales para asegurar una protección contra las violaciones cometidas por empresas que poseen o controlan»⁷³.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO INVERSIONISTA: EL APOYO A LAS ENERGÍAS FÓSILES EN MOZAMBIQUE

En 2010 y 2013 se descubrieron enormes reservas de gas en el norte de Mozambique. En detrimento de los derechos humanos y del medio ambiente –agravamiento de los trastornos climáticos, desplazamiento de la población, militarización de la zona– el Estado francés apoyó entonces financieramente los proyectos de explotación de gas dirigidos por multinacionales francesas a través

de sus bancos públicos de inversión. *BpiFrance Assurance Export*, filial del banco público de inversión francés BpiFrance, pone sobre la mesa más de 500 millones de euros (528 21 millones de euros) para facilitar la realización del proyecto de gas offshore Coral South de la empresa petrolera *TechnipFMC*, mediante una garantía de exportación. Desde el 1 de enero de

2017, BpiFrance gestiona las garantías públicas a la exportación «en nombre, por cuenta y bajo el control del Estado». *Les Amis de la Terre* (Los Amigos de la Tierra) afirman: «A través de este mecanismo financiero, el Estado actúa como garante de los bancos que han concedido préstamos a los operadores. Esto equivale a dar cobertura de seguro a la transacción para los bancos comerciales, lo que es muy importante para un país

73 Consejo de Derechos Humanos de la ONU (trigésimo segundo período de sesiones), *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Predicar con el ejemplo: el Estado, las empresas públicas y los derechos humanos*, A/HRC/32/45, 2016, §88, p. 24.

Nuestra prioridad no son los derechos humanos, ni el medio ambiente, nuestra prioridad es el empleo en Francia.

como Mozambique, arriesgado en el plano político y económico. Sin la ayuda de las agencias de

crédito a la exportación, como Bpifrance Assurance Export, que actúa en nombre del Estado francés, las grandes empresas de gas tendrían muchas dificultades para conseguir los financiamientos privados para

sus carísimos y arriesgados proyectos en Mozambique.»⁷⁴

Es el Ministerio de Economía el que concede esta garantía: «La garantía concedida para Coral South FLNG en el cuarto trimestre de 2017 fue así aprobada por Bruno Le Maire.»⁷⁵ Los Amigos de la Tierra, en su informe Del Eldorado al caos, publicado en junio de 2020, denuncian que la ayuda financiera demostraba el fuerte apoyo político del gobierno

francés a la exploración de gas frente a las costas de Mozambique y le pidieron a él «y a su agencia de crédito a la exportación (Bpifrance Assurance Export) [que] pusiera fin a la garantía de exportación concedida para Coral South FLNG»⁷⁶. El ex director de Bpifrance Assurance Export se expresó al respecto: «Nuestra prioridad no son los derechos humanos, ni el medio ambiente, nuestra prioridad es el empleo en Francia.»⁷⁷

Las Directrices de la OCDE y las empresas bajo accionariado público

Las directrices de la OCDE sobre la gobernanza de las empresas públicas ofrecen recomendaciones a los Estados sobre el modo en que los poderes públicos deben desempeñar su papel como accionistas. Estas directrices sobre la gobernanza de las empresas públicas, que constituyen una norma reconocida internacionalmente sobre la responsabilidad del Estado como accionista, son inequívocas:

«El Estado debe comportarse como un accionista informado y activo de manera a garantizar que la gobernanza de las empresas públicas se ejerza de forma transparente y responsable, con un alto grado de profesionalidad y eficiencia»⁷⁸.

Asimismo, los Principios directores de la OCDE para empresas multinacionales, creados en 1976 y revisados periódicamente desde entonces, constituyen un conjunto de normas no vinculantes adoptadas por sus Estados miembros, entre ellos Francia. Allí se encuentra la misma idea que se desarrolla en los Principios directores de las Naciones Unidas: la mayor diligencia que el Estado debe mostrar hacia las empresas públicas.

«Las empresas multinacionales públicas están sujetas a las mismas recomendaciones que las empresas privadas, pero la supervisión que ejerce el Estado suele multiplicarse cuando es el propietario final»⁷⁹.

Por último, el Marco de acción para la inversión, elaborado originalmente en 2006 y revisado en 2015, tiene como objetivo movilizar la inversión en favor del crecimiento económico y el desarrollo sostenible. También pretende promover la aplicación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Basado en las mejores prácticas internacionales, este Marco de la OCDE proporciona directrices en doce áreas críticas para crear un entorno favorable a la inversión. También destaca el deber de ejemplaridad del Estado accionista:

«Los Estados pueden promover la conducta empresarial responsable (CRE) de varias maneras: [...] Con el ejemplo: actuando ellos mismos de forma responsable en el marco de su propia función de actor económico»⁸⁰.

74 Andrzejewski, C., «Soutien aux énergies fossiles : l'hypocrisie de la France au Mozambique», *Bastamag*, 17 de junio de 2020.

75 *Ibid.*

76 Les Amis de la Terre France, *De l'eldorado gazier au chaos*, junio de 2020, p. 35.

77 *Ibid.*, p. 28.

78 OCDE, *Directrices de la OCDE sobre la gobernanza de las empresas públicas*, 2015, p. 20.

79 OCDE, *Directrices de la OCDE para empresas multinacionales*, 2011, p. 26, §10.

80 OCDE, *Marco de acción para la inversión*, 2015, p. 86.

Los Principios Rectores de la ONU y el Estado accionista

Los Principios rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos también establecen específicamente la responsabilidad del Estado: adoptar y aplicar medidas normativas y políticas para definir claramente las obligaciones de las empresas de respetar los derechos humanos; investigar; garantizar el acceso a la justicia y la reparación; y castigar a los autores de violaciones, mediante políticas, leyes, normas y procedimientos judiciales.⁸¹

El Principio 4 examina en detalle la responsabilidad del Estado accionista.

Dentro de este marco, el Principio 4 examina en detalle la responsabilidad del Estado accionista, estableciendo su responsabilidad específica:

«Los Estados deberían adoptar medidas más enérgicas para ejercer una protección contra las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas que son de su propiedad o están bajo su control, o que reciben apoyo y servicios sustanciales de organismos públicos como las agencias de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguro o garantía de las inversiones,

incluso, cuando proceda, exigiendo el ejercicio de la debida diligencia en materia de derechos humanos»⁸².

El comentario que sigue a este artículo aclara entonces que el grado de control e influencia del Estado sobre una empresa pública, incluso a través de mecanismos de financiamiento público, vincula cualquier violación cometida por la empresa a una violación de las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional. Así, se especifica que «cuanto más cerca esté una empresa del Estado, o cuanto más dependa de la autoridad reglamentaria o del apoyo de los contribuyentes, más decisiva será la lógica seguida por el Estado para garantizar que la empresa respete los derechos humanos»⁸³.

Se trata, en efecto, de una observación decisiva, para que el Estado accionista no pueda eludir sus responsabilidades con sus empresas cuando éstas se ven implicadas en actividades y procedimientos judiciales que ponen en tela de juicio su cumplimiento de las obligaciones legales de vigilancia y respeto de los derechos fundamentales.

EL PRINCIPIO 4 DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ONU RELATIVOS A LAS EMPRESAS Y LO

El comentario sobre el Principio 4 de los Principios rectores de la ONU relativos a las Empresas y los Derechos Humanos es especialmente esclarecedor: «Los Estados tienen individualmente la responsabilidad principal de cumplir con las obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que el régimen internacional de los derechos humanos es su responsabilidad colectiva. Cuando una empresa está controlada por el Estado, o cuando sus acciones pueden atribuirse de otro modo al Estado, una violación de los derechos humanos cometida por

la empresa puede dar lugar a una violación de las propias obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional. Además, cuanto más cercana esté una empresa del Estado, o cuanto más dependa de la autoridad reglamentaria o del apoyo de los contribuyentes, más crítica se vuelve la lógica del Estado para garantizar que la empresa respete los derechos humanos. Cuando los Estados son propietarios de empresas o las controlan, tienen más poder para garantizar la aplicación de las políticas, leyes y reglamentos pertinentes en materia de derechos humanos.

La dirección general suele rendir cuentas de su actividad ante los establecimientos públicos, y los ministerios relacionados tienen más margen para el seguimiento y la supervisión, incluida la aplicación de una diligencia debida efectiva en materia de derechos humanos. Hay una serie de organismos con vínculos oficiales o no con el Estado que pueden proporcionar apoyo o servicios a las empresas. Entre ellos se encuentran los organismos de crédito a la exportación, los organismos oficiales de seguro o garantía de las inversiones, los organismos

⁸¹ Naciones Unidas, *Principios rectores relativos a las empresas y los derechos humanos*, op. cit., Principio 1, p. 3.

⁸² Naciones Unidas, *Principios rectores relativos a las empresas y los derechos humanos: aplicación del marco de referencia «proteger, respetar y reparar»*, 2011. P. 7. § 4.

⁸³ *Ibid.*, p.8.

de desarrollo y las instituciones de financiamiento del desarrollo. Cuando estas instituciones no tienen en cuenta explícitamente las repercusiones negativas, reales o potenciales, de las empresas

receptoras sobre los derechos humanos, se exponen -en cuanto a su reputación y desde el punto de vista financiero, político y, potencialmente, incluso jurídico- al riesgo de condonar tales

abusos y pueden contribuir a los problemas de derechos humanos a los que se enfrenta el Estado receptor.»⁸⁴

El Grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos

La cuestión del respeto de los derechos fundamentales por parte de las empresas públicas también ha sido objeto de varios estudios del Grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos. Así, ya en 2016, el grupo de trabajo lamenta que:

«Aun si la situación es matizada -con un cierto número de empresas públicas que han asumido compromisos en materia de derechos humanos- empresas de este tipo han sido acusadas de violaciones de derechos humanos tanto en su país de origen como en el extranjero, incluyendo abusos relacionados con el trabajo, daños al medio ambiente, violaciones del derecho a la tierra e intimidación y difamación en contra de los defensores de los derechos humanos.»⁸⁵

Desde entonces, el grupo de trabajo ha emitido múltiples recomendaciones para hacer efectiva la necesidad de que las instituciones públicas de inversión adopten medidas eficaces y rigurosas de vigilancia con respecto a las empresas públicas.

En 2016, el Grupo de trabajo del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establece así un conjunto de recomendaciones para las instituciones encargadas del accionariado público⁸⁶ y recomienda a los Estados, entre otras cosas,

«considerar a fondo si cumplen, y en qué medida, sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en relación con las actividades de las empresas que poseen o controlan, tanto en territorio como en el extranjero»⁸⁷.

Luego, en 2018, observando la apatía y la falta de voluntad de los Estados para aplicar estas recomendaciones y tomar la medida de su obligación de vigilancia para garantizar el respeto de los derechos humanos, el grupo de trabajo recomienda a los Estados, entre otras cosas, introducir condiciones previas para cualquier inversión pública:

«Exigir a las empresas que demuestren su conocimiento de los Principios rectores y su compromiso de cumplirlos antes de concederles cualquier ayuda o prestación pública en el ámbito de la promoción del comercio y las exportaciones»⁸⁸.

En el caso de EDF y sus actividades en México, es evidente que tanto EDF -la empresa privada- como la APE -accionista público mayoritario- están incumpliendo sus respectivas obligaciones de asegurarse, en el caso de EDF, que no se produzcan incumplimientos de los derechos humanos en sus actividades o en las de sus filiales y empresas controladas en Unión Hidalgo, o, en el caso de la APE, que las empresas integradas en su cartera no falten a su deber de vigilancia.

⁸⁴ *Ibid*

⁸⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (trigésimo segundo período de sesiones), *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Predicar con el ejemplo – el Estado, las empresas públicas y los derechos humanos*, op. cit. §16, p. 7.

⁸⁶ Para «Predicar con el ejemplo en el cumplimiento de la obligación de adoptar nuevas medidas [en relación con el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas públicas]», el Grupo de Trabajo subraya, entre otras cosas, la necesidad de exponer claramente sus expectativas respecto a las empresas que controla; establecer mecanismos de supervisión y seguimiento; fijar requisitos claros de vigilancia y transparencia; y garantizar recursos efectivos. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (trigésimo segundo período de sesiones), *Ibid*.

⁸⁷ Consejo de los derechos humanos de las Naciones Unidas (trigésimo segundo período de sesiones), *Ibid.*, §96, p. 25.

⁸⁸ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (trigésimo segundo período de sesiones), *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. «La diplomacia económica» como herramienta de los Estados para promover el respeto de los derechos humanos*, A/HRC/38/48, 2018, §99, p. 21.

2. La responsabilidad extraterritorial del Estado con respecto a las violaciones de los derechos humanos causadas por actores privados

Para desarrollar sus actividades comerciales más allá de su «Estado de origen», las empresas crean filiales o trabajan con proveedores o socios comerciales en «terceros Estados».

Los Estados están obligados a respetar los convenios internacionales que han ratificado.

Se plantea desde este momento la cuestión de determinar la responsabilidad legal del «Estado de origen» para garantizar el respeto de los derechos humanos frente a la conducta de aquellas entidades domiciliadas fuera de su territorio, pero sobre las que las empresas bajo su propia jurisdicción ejercen algún tipo de control.

Existen numerosas normas jurídicas que establecen las obligaciones de los Estados en esta materia. En primer lugar, los Estados están obligados a respetar los convenios internacionales que han ratificado. Tienen así una obligación positiva no sólo de proteger, respetar y promover los derechos humanos, sino también de remediar cualquier infracción o violación de estos derechos, incluso cuando esta violación

es extraterritorial y resulta de la actividad de una empresa privada ubicada en su territorio (a). El derecho internacional consuetudinario aclara entonces el alcance de esta obligación positiva especificando lo que corresponde a los Estados cuando ejercen cierto grado de control o influencia sobre dichas empresas (b).

Estas fuentes del derecho internacional consuetudinario, así como las obligaciones estatales afirmadas por las normas mencionadas anteriormente con respecto a las empresas bajo accionariado público, revelan que el Estado francés, a través de la APE, tiene cierta responsabilidad en los incumplimientos y acciones del Grupo EDF que tuvieron como consecuencias las violaciones de los derechos humanos de la comunidad de Unión Hidalgo en México.

¿LEVANTAMIENTO DE LAS PATENTES SOBRE LAS VACUNAS CONTRA EL COVID-19? LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS IMPLICADA EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC)

A principios de marzo de 2021, un año después del inicio de la pandemia de COVID-19, varias universidades, centros de investigación y empresas farmacéuticas habían logrado desarrollar vacunas que permitirían aspirar a una inmunidad de la población mundial contra este coronavirus. En el momento de la aparición

de la pandemia, muchos jefes de Estado abogaban por que dichas vacunas fueran rápidamente accesibles al conjunto de la población mundial. El presidente de la República francesa, Emmanuel Macron, declaraba en mayo de 2020 que «la futura vacuna será un bien público mundial único del siglo XXI».

Sin embargo, un año después, la situación es muy diferente: la rivalidad entre los Estados está en su punto álgido, y los más ricos han acaparado la mayoría de las dosis disponibles. Ante los retos sin precedentes de financiamiento y capacidad de producción, varios Estados y organizaciones no gubernamentales

En junio de 2017, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU emitió la Observación general n° 24 sobre las obligaciones de los Estados frente a la actividad de las empresas.

abogan por el levantamiento de las patentes sobre las vacunas que proporcionan inmunidad contra el COVID-19 para facilitar la producción y distribución de estas vacunas a precios asequibles.

Una disposición prevista por los acuerdos de la OMC sobre los aspectos de los derechos

de propiedad intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), sometido a votación de los Estados miembros de la OMC los días 10 y 11 de marzo de 2021.

Sin embargo, en contra de sus compromisos públicos, los países miembros de la OCDE (Estados miembros de la UE, Estados Unidos, Canadá, Australia y Japón) bloquean la exención para proteger los beneficios de las empresas farmacéuticas en plena pandemia.

El 12 de marzo de 2021, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de

la ONU adoptó una resolución relativa a la obligación de los Estados, como parte de sus obligaciones extraterritoriales, de votar en la OMC a favor del levantamiento de las patentes sobre las vacunas que inmunizan contra el COVID-19. Sus conclusiones son inequívocas sobre la responsabilidad extraterritorial de los Estados de priorizar los derechos humanos sobre los intereses económicos de las empresas bajo su jurisdicción:

«Los Estados Partes tienen el deber de evitar que los regímenes jurídicos relativos a la propiedad intelectual y a las patentes socaven el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales [...] el régimen de propiedad intelectual debería interpretarse y aplicarse de manera que apoye el deber de los Estados de "proteger la salud pública" [...] los Estados partes tienen la obligación extraterritorial de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las entidades comerciales domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción

no violen los derechos económicos, sociales y culturales en el extranjero. Por lo tanto, los Estados deberían tomar todas las medidas necesarias para garantizar que dichas entidades comerciales no invoquen la ley de propiedad intelectual, ya sea dentro de su propio territorio o en el extranjero, de forma incompatible con el derecho de todas las personas a acceder a una vacuna segura y eficaz contra el COVID-19 [...] En este contexto, el Comité recomienda encarecidamente que los Estados apoyen las propuestas de esta exención temporal, incluso utilizando sus derechos de voto en el seno de la OMC.»⁸⁹

Una resolución que demuestra, aquí en el contexto de la pandemia del COVID-19, la responsabilidad de los Estados de dar prioridad a los derechos humanos sobre las consideraciones económicas relacionadas con el régimen de la propiedad intelectual y/o los intereses financieros de las empresas domiciliadas en su territorio.

a. La obligación extraterritorial de los Estados de respetar sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos

«El que puede y no impide, está pecando». Este viejo adagio del siglo XVII refleja lo que el principio de diligencia debida expresa en el siglo XXI con respecto a los Estados soberanos: intervenir cuando lo saben y lo pueden para evitar actos que atenten contra los derechos de terceros.

Por lo tanto, cuando los Estados puedan tomar medidas para influir en las empresas para que respeten los derechos humanos, a través de intervenciones legales o políticas, deben de tomar las medidas adecuadas⁹⁰.

En junio de 2017, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU emitió la Observación general n° 24 sobre las obligaciones de los Estados frente a la actividad de las empresas en virtud del Pacto internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades de las empresas⁹¹.

⁸⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *El Comité adopta una declaración sobre la vacunación universal asequible contra el COVID-19, la cooperación internacional y la propiedad intelectual*, 12 de marzo de 2021.

⁹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General n° 15 (2002) El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 20 de enero de 2003, §33, p. 12.

⁹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General n° 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, 10 de agosto de 2017.

Previamente, la Observación general define las actividades de las empresas como actividades «*transnacionales o puramente nacionales, privadas o públicas, independientemente de su tamaño, sector, ubicación geográfica, sus accionistas o propietarios y su estructura*»⁹². La Observación general continúa destacando las obligaciones positivas de los Estados derivadas de su responsabilidad de «proteger» los derechos humanos, en el sentido de que «*están obligados a adoptar las medidas necesarias para prevenir las violaciones de los derechos humanos en el extranjero por parte de las empresas domiciliadas en su territorio y/o sujetas a su jurisdicción*»⁹³.

Con el fin de aclarar el perímetro de las situaciones en las que se puede considerar que un Estado ha incumplido, el Pacto Internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales especifica el uso de la diligencia debida. Como se explicará más adelante, de la interpretación del Pacto y de los Comentarios pertinentes se desprende que un Estado de origen puede tener una obligación positiva extraterritorial de proteger los derechos humanos. Esta obligación positiva se basa en el ejercicio de una debida diligencia con respecto a las actividades de las empresas situadas en su territorio y sus filiales extranjeras. A diferencia de la obligación de vigilancia aplicable a las empresas, esta obligación propia de los Estados incluye, pero de forma no exhaustiva, la obligación del Estado de origen de adoptar

una reglamentación nacional que exijan evaluaciones del impacto sobre los derechos humanos, la posterior mitigación de esos impactos y la aplicación de un recurso ante los tribunales del Estado de origen⁹⁴.

La aplicación de la diligencia debida permite evaluar, in concreto, el cumplimiento por un Estado de sus obligaciones extraterritoriales en las actividades económicas bajo su jurisdicción o sobre las que ejerce algún tipo de control.

En su informe de noviembre de 2019 sobre las empresas y los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos describe la responsabilidad positiva de los Estados, distinta y complementaria a la de las empresas, de la siguiente manera: «*Reconociendo que los Estados, para cumplir con sus obligaciones de garantizar los derechos humanos, deben establecer el marco legal y regulatorio dentro del cual las entidades privadas pueden llevar a cabo sus actividades y operaciones de acuerdo con la industria y el tipo particular de riesgo para los derechos humanos; la CIDH y su Relatora sobre los derechos económicos, sociales y culturales entienden que las empresas no operan en un vacío fuera del control de los Estados. Por lo tanto, confiar en el cumplimiento voluntario de las empresas no es suficiente, y no es compatible, con la protección de los derechos humanos según las normas internacionales aplicables, y en particular las interamericanas*»⁹⁵.

EL CONCEPTO DE «DILIGENCIA DEBIDA» DE LOS ESTADOS, DISTINTO Y COMPLEMENTARIO DE LA VIGILANCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS EMPRESAS: EL CONOCIMIENTO CONSTRUCTIVO

La *diligencia debida* o diligencia razonable es un concepto distinto de la vigilancia de las empresas que describe una dimensión específica de ciertas obligaciones internacionales de los Estados. Estas obligaciones imponen a los Estados un deber de comportamiento vigilante, destinado a prevenir la violación de sus obligaciones internacionales a través de sus actividades,

o de las de particulares bajo su jurisdicción o sobre las que ejerce algún tipo de control. Las obligaciones de diligencia debida derivan de las obligaciones específicas de los Estados, que estén establecidas en un convenio internacional o por la costumbre. Así, en la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Velásquez Rodríguez contra*

Honduras, la Corte confirmó que «*un acto ilegal que viola los derechos humanos y que no es inicialmente atribuible directamente a un Estado*», es decir, porque fue cometido por un actor no estatal, «*puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado [...] no por el hecho en sí, sino por no haber ejercido la debida diligencia para prevenir o responder a la violación como lo exige la*

92 *Ibid.* §3, p. 2.

93 Es decir, empresas constituidas con arreglo a su legislación o que tengan su domicilio social, su administración central o su centro de actividad principal en su territorio. *Ibid.* §26, p. 9.

94 McCorquodale, R. y Simons, P., «*Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*», *op. cit.*, p. 598-625.

95 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Empresas y derechos humanos: normas interamericanas*, *op. cit.*, §192, p. 100. (traducción no oficial).

[Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)]».

La *diligencia debida* es una obligación de conducta, cuyo contenido varía según las circunstancias de cada situación. Así, los jueces toman en cuenta varios factores de variabilidad cuando tienen que decidir si un Estado ha cumplido o no con su obligación de diligencia debida.

Uno de estos factores es el del conocimiento razonable de un Estado de una conducta que genera una violación de sus obligaciones internacionales. Así, en el caso de los rehenes de Teherán, el

Tribunal Internacional de Justicia declaró a Irán responsable tras concluir, el 24 de mayo de 1980, que las autoridades iraníes «*eran plenamente conscientes, a raíz de las peticiones de ayuda de la Embajada de Estados Unidos, de que eran necesarias medidas urgentes por su parte*».

Más allá de la obligación de actuar cuando la situación no deja ninguna duda razonable sobre el conocimiento de una situación por parte del Estado, la diligencia debida aplicable a los Estados gira en torno a la cuestión del conocimiento constructivo⁹⁶:

¿debía el Estado conocer? Más aún, ¿debería el Estado haber intentado saberlo? En el caso del Estrecho de Corfú, en 1949, la Corte Internacional de Justicia declaró que «*un Estado, en cuyo territorio se ha producido un hecho contrario al derecho internacional, puede ser llamado a explicarlo [...]. No puede eludir esta invitación limitándose a responder que no conoce las circunstancias del acto ni a sus autores. En cierta medida, se le puede exigir que facilite información sobre el uso que ha hecho de los medios de información e investigación de que dispone*».

La diligencia debida de los Estados está así impulsada por el objetivo de prevenir las violaciones de los derechos humanos, mediante una obligación en la que se espera que los Estados ejerzan una mayor diligencia y previsión de los riesgos generados por sus actividades. En este sentido, la Observación general n° 24 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales recuerda que «*los Estados incumplirían su obligación de proteger los derechos consagrados en el Pacto si, por ejemplo, no impidieran o hicieran frente a una conducta de las empresas que violara esos derechos o que tuvieran claramente el efecto de causar tal violación*»⁹⁷.

Hoy día, y dada la cronología de los hechos relatados anteriormente sobre los vínculos establecidos entre Unión Hidalgo, la Embajada de Francia en México, el PNC de la OCDE en París y los tribunales franceses desde 2017, es imposible afirmar que el Estado francés, representado en el seno de EDF por la APE, no hubiera tenido conocimiento de que las actividades de EDF en México eran fuente de violaciones de los derechos humanos. En cualquier caso, la posición del Estado francés como accionista mayoritario e inversionista en EDF lo somete a la obligación de construir su conocimiento y responder a los riesgos de violaciones de los derechos humanos a través de herramientas prescritas por la ley sobre el deber de vigilancia y por las normas relativas a la diligencia debida de los actores públicos.

⁹⁶ Véase sobre el tema, el artículo de McCorquodale, R. y Simons, P., «*Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*» *op. cit.*

⁹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General n° 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades de las empresas*, *op. cit.* en §18, p. 6.

LA RESPONSABILIDAD DEL GOBIERNO ITALIANO EN LAS EXPORTACIONES DE ARMAS HACIA ARABIA SAUDITA Y LOS EMIRATOS ÁRABES UNIDOS Y EN LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN YEMEN

Cuando un Estado o una autoridad pública responsable de la exportación de equipo militar decide si emite o no una licencia de autorización de exportación, debe asegurarse de que no exista un riesgo imperioso de que las armas así exportadas puedan servir o utilizarse para cometer violaciones del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos o facilitarlas.

El 8 de octubre de 2016, un ataque aéreo supuestamente llevado a cabo por la coalición militar liderada por Arabia Saudita golpea la aldea de Deir Al-Hajārī en el noroeste de Yemen. Una familia de seis personas pierde la vida, entre las cuales una madre embarazada y sus cuatro hijos. En el lugar del ataque aéreo se encuentran restos de bombas, así como un ojal para colgar la bomba del avión militar,

fabricado por la empresa RWM Italia S.p.A. La exportación de estos materiales por parte de esta última había sido autorizada por la autoridad de exportación de armas del gobierno italiano (UAMA) cuando el conflicto hacía estragos en Yemen.

En abril de 2018, el ECCHR y sus socios en Italia y Yemen pidieron que se investigara la responsabilidad penal de las autoridades italianas y de los directivos de la empresa por complicidad en el asesinato por negligencia y abuso de autoridad. Las organizaciones sostienen que, a la vista de los numerosos informes de los expertos de las Naciones Unidas sobre Yemen y de las resoluciones del Parlamento Europeo que documentan las violaciones sistemáticas cometidas por Arabia Saudita y los Emiratos Árabes Unidos en Yemen, las autoridades

exportadoras italianas no pueden razonablemente ignorar que sus exportaciones hacia estos países conllevan un riesgo imperioso de facilitar la comisión de violaciones graves.

El 24 de febrero de 2021, un juez italiano ordena nuevas investigaciones contra las autoridades italianas, afirmando que «*el Estado puede y debe, por un lado, preservar los niveles de empleo y, por otro, respetar sus obligaciones que derivan de las normas nacionales e internacionales.*»⁹⁸

Esta declaración del juez italiano atestigua la responsabilidad de los Estados y de sus administraciones de abstenerse, mediante sus acciones, incluidas las justificadas por la promoción de intereses económicos, de generar violaciones de los derechos humanos en su territorio o en el extranjero.

Pero más allá de este principio de responsabilidad extraterritorial de los Estados en virtud de su deber de diligencia debida y conocimiento constructivo, **la responsabilidad del Estado también puede verse comprometida en virtud del control o la influencia que el Estado ejerce sobre determinadas empresas. Este es el caso cuando es accionista mayoritario de una empresa a través de su administración pública, la APE.**

b. Las obligaciones extraterritoriales del Estado cuando una empresa actúa bajo sus instrucciones, sus directivas o su control

Tomando en cuenta la injerencia directa y creciente del Estado en el desarrollo de ciertos sectores económicos, el derecho internacional permite calificar algunas de estas situaciones de control, instrucción o directivas de un Estado sobre una empresa, generando una obligación para el Estado de no asociarse a acciones ilegales cometidas por una empresa así controlada (obligación llamada «negativa»), pero también una obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir tales acciones violatorias de los derechos humanos

⁹⁸ Véase el [artículo](#) (en italiano) de la organización de desarme Rete Pace e Disarmo, que lleva el análisis de la decisión del 24 de febrero de 2021.

o de sus compromisos internacionales (obligación llamada «positiva»). Así, cuando el Estado no respeta estas obligaciones derivadas de su respaldo implícito o explícito, su responsabilidad internacional puede verse comprometida.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

En 2001, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) adoptó, tras un proceso que implicaba una consulta de los Estados partes a la Comisión, un conjunto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos⁹⁹.

La CDI establece que la responsabilidad extraterritorial de los Estados en vínculo con empresas es posible en dos casos:

- > Cuando un Estado autoriza a una empresa a ejercer elementos de la autoridad pública, como lo hace la APE¹⁰⁰;
- > Cuando una sociedad actúa bajo las instrucciones, directivas o el control de un Estado¹⁰¹.

La Comisión precisa que, en este segundo caso, la atribución del comportamiento de una empresa al Estado dependerá del control ejercido por el poder público sobre las actividades extraterritoriales de la empresa:

«La atribución al Estado de una conducta que éste ha autorizado, de hecho, está ampliamente aceptada por la jurisprudencia internacional. En estos casos es irrelevante que la o las personas en cuestión sean personas privadas, o que su conducta corresponda o no a una "actividad pública"»¹⁰².

En cuanto a la noción de «instrucciones, directivas o bajo el control» que puede comprometer la responsabilidad del Estado por actos cometidos por una sociedad tercera, la CDI precisa que el Estado debe haber dirigido o controlado la operación de la que forma parte integrante el comportamiento ilícito.¹⁰³ Los criterios de «instrucciones», «directivas» y «control» son alternativos. Basta con establecer la realidad de uno de ellos:

«cuando personas o grupos de personas hayan actuado bajo el control efectivo de un Estado, la condición de atribución se cumplirá, no obstante, aunque no se hayan tenido en cuenta instrucciones específicas»¹⁰⁴.

La Observación General nº 24 en el Pacto Internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales

En 2017, el Comité de los derechos económicos, sociales y culturales de la ONU adoptó la Observación General nº 24, citada anteriormente. Impulsado por los Principios de Maastricht, que establecen, en su Principio 12 sobre la imputabilidad de la responsabilidad del Estado por la conducta de actores no estatales, que ésta se extiende a «los actos y omisiones de actores no estatales que actúen según instrucciones, bajo la dirección o bajo el control del Estado»¹⁰⁵, el Comité de la ONU recuerda que los Estados Partes en el Pacto pueden ser considerados directamente responsables de la acción u omisión de las empresas en tres casos:

« 1. si la entidad de que se trata, al incurrir en esa conducta, actúa, de hecho, siguiendo las instrucciones o las directivas o bajo el control del Estado parte, como puede ser el caso en el marco de los mercados públicos,

99 Aunque el trabajo de la Comisión no se traduzca en fuentes de derecho vinculantes, es una fuente y autoridad clave para el desarrollo del derecho internacional consuetudinario. Como tal, los artículos adoptados por la CDI, a través de un proceso de consulta con los Estados parte de la Comisión, han sido citados por la Corte Internacional de Justicia en su jurisprudencia. *Home State Responsibility For Extraterritorial Human Rights Violations Committed By Non-State Actors*, Universidad de Oslo, Facultad de Derecho, 2010, pp. 3-4.

100 **Artículo 5.** - Conducta de una persona o entidad que ejerce elementos de autoridad gubernamental «El comportamiento de una persona o entidad que no sea un órgano del Estado según el artículo 4, pero que esté facultada por la ley de ese Estado para ejercer elementos de la autoridad gubernamental, siempre que en el caso concreto esa persona o entidad actúe en esa calidad, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional.» Comisión de Derecho Internacional, *Informe sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)*, Asamblea General, Documentos Oficiales, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/56/10), Naciones Unidas, pág. 26.

101 **Artículo 8.** - Conducta bajo la dirección o el control del Estado. «El comportamiento de una persona o de un grupo de personas se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si esa persona o ese grupo de personas, al realizar ese comportamiento, actúa de hecho siguiendo las instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado», *ibid.*

102 Comisión de Derecho Internacional, *Informe sobre los trabajos de su 53º período de sesiones (23 de abril-1 de junio y 2 de julio-10 de agosto de 2001)*, op. cit. § 2, p. 49.

103 «El principio de atribución no se extiende a las conductas que sólo guardan una relación incidental o periférica con la transacción en cuestión y que están fuera de la dirección o el control del Estado», *ibid.* § 3 p. 49.

104 *Ibid.* § 7 y 8, p. 50-51.

105 Consorcio ETO, *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, op. cit, Principio 12, p. 7.

2. cuando una empresa esté facultada por la legislación del Estado parte para ejercer prerrogativas de poder público o si las circunstancias exigen el ejercicio de dichas prerrogativas en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales;
3. si, y en la medida en que el Estado parte reconoce y adopta dicha conducta como propia.^{106»}

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también señala en su informe citado anteriormente que «Para la CIDH y su Relatora sobre derechos económicos, sociales y culturales, cuanto mayor sea el grado de influencia del Estado en el disfrute de los derechos humanos fuera de su territorio, más estricto debe ser

el análisis de sus obligaciones de respetarlos y garantizarlos. Así, por ejemplo, en un lado del espectro nos encontramos con una empresa que actúa bajo las instrucciones del Estado o desempeña funciones públicas fuera del territorio de ese Estado; y en el otro, una empresa privada con actividades y operaciones transnacionales cuya única relación y proximidad con el Estado de origen es su lugar de domicilio. En el primer caso, puede verse comprometida no sólo la obligación general de garantizar sino también la de respetar los derechos humanos, mientras que, en el segundo caso, es posible evaluar las obligaciones del Estado de garantizar los derechos humanos, por ejemplo, regulando el comportamiento de dichas empresas o, en su caso, previniendo e investigando, de acuerdo con el derecho internacional, las acciones de las empresas transnacionales relacionadas con violaciones de los derechos humanos^{107».}



— Aerogeneradores en el territorio de Unión Hidalgo, Oaxaca —

¹⁰⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, *Observación General n.º 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, op. cit. en §11, p. 4.

¹⁰⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Empresas y Derechos Humanos: Normas Interamericanas*, op. cit. §164, p. 86. (traducción no oficial).

Esta inmersión en el corpus del derecho internacional de los derechos humanos pone de manifiesto diversas fuentes de responsabilidad que pesan tanto sobre el Grupo EDF como empresa privada, como sobre el Estado francés como deudor de una obligación positiva de respetar y garantizar los derechos contenidos en los convenios internacionales que ha ratificado, incluso extraterritorialmente. El derecho internacional consuetudinario dicta, pues, obligaciones positivas de conducta para el Estado francés en relación con las actividades de las empresas privadas bajo su jurisdicción. Estas obligaciones se ven ampliamente reforzadas por el control y la influencia que ejerce el Estado francés sobre el Grupo EDF, a través de la Agencia de Participaciones del Estado, accionista mayoritario con el 83% del capital de la empresa.



RECOMENDACIONES

RECOMENDACIONES AL GRUPO EDF

—> Adoptar una política de transparencia para los inversores en sus proyectos, incluido el proyecto *Gunaá Sicarú*.

—> Suspender el proyecto *Gunaá Sicarú* mientras que el Plan de Vigilancia de EDF y su aplicación efectiva no permitan prevenir de manera eficaz los riesgos de violaciones de derechos humanos en la comunidad de Unión Hidalgo. De acuerdo con su deber de vigilancia, esto significa:

- * Publicar un plan de vigilancia que contenga una identificación, un mapeo y una jerarquización de los riesgos de abusos graves contra los derechos humanos y la seguridad derivados de sus actividades en México, las medidas adecuadas para prevenir eficazmente futuros abusos y un informe sobre la aplicación efectiva de estas últimas.

- * Implementar de manera eficaz las medidas adecuadas, tales como están definidas en el plan, para prevenir de manera eficaz los riesgos de violaciones a la integridad física y a la libertad de expresión de las y los defensores de los derechos; al consentimiento libre, previo e informado; y a la propiedad colectiva de las tierras de la población indígena de Unión Hidalgo.

—> Garantizar, de acuerdo con las normas internacionales sobre el CLPI, que la consulta con las comunidades indígenas sobre sus proyectos se lleve a cabo a través de mecanismos y procedimientos definidos de manera autónoma por la comunidad, que incentiven la participación efectiva de todos sus integrantes; de buena fe, sin ejercer influencias o presiones indebidas, de una manera culturalmente apropiada y respetuosa.

—> Garantizar la aplicación de medidas que incluyan la finalización de la relación comercial o contractual que genere un riesgo de vulneración grave de los derechos fundamentales o de la salud, la seguridad, la integridad física o el medio ambiente del Grupo con sus proveedores, subcontratistas y socios comerciales en vínculo con sus proyectos.

—> Suspender sus proyectos cuando los riesgos para las y los defensores de los derechos humanos o de violaciones de los derechos fundamentales no se puedan mitigar eficazmente.

—> Respetar su deber de vigilancia, cuya base de interpretación se encuentra en los Principios Rectores de las Naciones Unidas y en las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, así como en las normas internacionales de derechos humanos, incluyendo el Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

EDF respete este derecho por medios legales o políticos, incluso en lo que respecta al deber de vigilancia que incumbe a las empresas privadas:

- > Determinar si el Plan de Vigilancia del Grupo EDF cumple con las obligaciones de vigilancia establecidas en la Ley sobre el deber de vigilancia y en las normas internacionales de diligencia debida, en particular si las medidas previstas y los recursos asignados a su aplicación previenen efectivamente los abusos de los derechos humanos contra las comunidades indígenas afectadas por sus proyectos.
- > Determinar si el Plan de Vigilancia del Grupo EDF ejerce una vigilancia reforzada respondiendo al contexto de riesgo de impactos negativos sobre los derechos humanos de las comunidades locales y la integridad física de las y los defensores de los derechos humanos y del territorio indígena, relacionados con el desarrollo de sus actividades eólicas en México.
- > Determinar en qué medida la vigilancia del Grupo permite desvincularse de los socios comerciales en México cuyas acciones socavan los derechos humanos o la seguridad de las comunidades locales.
- > Exigir al Grupo EDF que suspenda el proyecto *Gunaá Sicarú* hasta que se apliquen de manera eficaz las medidas de vigilancia detalladas del Grupo para prevenir los riesgos relacionados con las comunidades indígenas, incluido el proyecto *Gunaá Sicarú*.

Aumentar las medidas de transparencia:

- > Publicar la Carta de RSE y garantizar su aplicación.
- > Publicar los criterios para el nombramiento de los directivos de las empresas designados por el Estado, así como las descripciones de los puestos y los mandatos que la APE les encomienda en estas empresas.

Adoptar, publicar y aplicar efectivamente una política de diligencia:

- > Revisar *las Directrices del Estado* accionista convocando un comité interministerial para garantizar que sean coherentes con las normas de protección de los derechos humanos y del medio ambiente establecidas en el derecho internacional, incluidas las normas de diligencia debida.
- > Publicar los cargos que desempeña el Estado en los consejos de administración e informar sobre los medios implementados para garantizar el cumplimiento y la aplicación efectiva del deber de vigilancia por parte de las empresas de su cartera.
- > Adoptar, publicar y aplicar condicionales relativas al deber de vigilancia de las empresas de su cartera, estableciendo los criterios de inversión y/o desinversión.
- > Aplicar las Directrices de la OCDE sobre la gobernanza de las empresas públicas, publicadas en 2015.
- > Dotarse de los recursos humanos suficientes y de un peritaje transversal adecuado para garantizar que las empresas de su cartera respeten los derechos humanos y el medio ambiente.

RECOMENDACIONES A PARLAMENTARIOS Y PARLAMENTARIAS

Establecer en la legislación francesa y reforzar la obligación de vigilancia de los actores públicos y privados en materia de protección de los derechos humanos y del medio ambiente

En el marco de su acción exterior, los actores públicos franceses que ejercen una influencia en el extranjero, así como los actores privados que contribuyen al ejercicio de esta influencia, tienen la obligación de prevenir las violaciones de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente, que resultan de las actividades de los organismos públicos y de las empresas que controlan, directa o indirectamente, así como de las actividades de los subcontratistas, proveedores o beneficiarios con los que se mantiene una relación establecida. La responsabilidad de los actores públicos y privados que ejercen una influencia en el extranjero, en las condiciones definidas anteriormente, está comprometida y les obliga a reparar los daños que la ejecución de esta obligación hubiera permitido evitar. Se presumirá que una persona jurídica es responsable cuando, en el marco de sus actividades, las de sus filiales, socios, beneficiarios o subcontratistas, no demuestre haber adoptado todas las medidas necesarias y razonables en su poder para prevenir o evitar la aparición de un daño o un riesgo seguro de daño a los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente.

Reforzar el control parlamentario mediante la creación de dos puestos de relator especial en el Senado y la Asamblea Nacional:

—> Un cargo de relator especial sobre el cumplimiento de la obligación de vigilancia del Estado con respecto a la protección de los derechos humanos y el medio ambiente. Este cargo, adscrito a la Comisión de Asuntos Exteriores, se encargaría de estudiar e informar a la representación nacional sobre los medios aplicados para que la actuación del Estado sea coherente con las normas de protección de los derechos humanos y el medio ambiente establecidas en la legislación internacional.

—> Un puesto de relator especial sobre la aplicación de la obligación de vigilancia del Estado accionista. Este cargo, adscrito a la Comisión de Asuntos Económicos, se encargaría de estudiar e informar a la representación nacional sobre los medios aplicados por el Estado para garantizar el respeto y la aplicación efectiva del deber de vigilancia por parte de las empresas de su cartera en materia de protección de los derechos humanos y el medio ambiente.

RECOMENDACIONES AL GOBIERNO

En el caso de EDF

—> Garantizar que Unión Hidalgo pueda acceder efectivamente a la justicia y a la prevención de sus daños en Francia.

—> Garantizar el cese de las actividades de EDF que generan violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales ratificados por Francia.

De manera general:

—> Hacer propuestas constructivas y avanzar en la elaboración de marcos jurídicos nacionales, europeos e internacionales para establecer la obligación de vigilancia de las empresas y garantizar un acceso efectivo a la justicia en virtud de la responsabilidad civil y/o penal de las empresas para cualquier persona o comunidad afectada.

—> Impulsar la adopción de una legislación europea ambiciosa sobre el deber de vigilancia que tenga en cuenta recomendaciones llevadas por la sociedad civil francesa y europea.

—> Prestar un apoyo proactivo y constructivo al tratado de las Naciones Unidas sobre las multinacionales y los derechos humanos que se está negociando actualmente y trabajar, en el seno de la Unión Europea, por la adhesión y la contribución ambiciosa de la Unión Europea a estas negociaciones.

—> Ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas, y en particular su derecho al consentimiento libre, previo e informado.

FUENTES

- * **Bommier, S.**
«Sur la contribution du devoir de vigilance au concept des communs ainsi que l'affaire Union Hidalgo c. EDF (Mexique)», in Les entreprises et les communs, Conferencias y coloquios, *La Revue des Droits de l'Homme*, n°. 19, 2021, pp. 8-13.
- * **Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies**
Le Comité adopte une déclaration sur la vaccination universelle abordable contre la COVID-19, la coopération internationale et la propriété intellectuelle, 2 de marzo 2021.
- * **Commission du droit international**
Rapport sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril- 1er juin et 2 juillet-10 août 2001), Asamblea general, Documentos oficiales, 55° sesión, Suplemento n° 10 (A/56/10), Naciones Unidas, 230 p.
- * **Conseil économique et social**
Observation générale n° 24 sur les obligations des États au titre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités commerciales, Naciones Unidas, 2017, 18 p.
- * **Consortium ETO**
Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, enero de 2013, 15 p.
- * **Cour des comptes**
L'État actionnaire, Informe público temático, enero 2017, 271 p.
- * **ECCHR**
«L'espace de la société civile dans les projets d'énergie renouvelable : Une étude du cas de la communauté Unión Hidalgo au Mexique», note de position, 2020, 14 p.
- * **McCorquodale, R., Simons, P.**
«*Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*», in *The Modern Law Review*, vol. 70, no. 4, julio de 2007, pp. 598-625.
- * **Naciones Unidas**
Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer», 2011, 49 p.
- * **OCDE**
Cadre d'action pour l'investissement, 2015, 156 p.
- * **OCDE**
Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques, 2015, 92 p.
- * **OCDE**
Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011, 106 p.





La ley sobre el deber de vigilancia es el resultado de una larga lucha de la sociedad civil para proteger los derechos humanos y el medio ambiente, y hacer que las empresas sean responsables de sus actos ante la ley. Esta lucha es también europea y mundial: la Unión Europea estudia la posibilidad de adoptar una directiva europea sobre el deber de vigilancia, y en Naciones Unidas se está negociando la creación de un tratado internacional sobre empresas multinacionales y derechos humanos. En este contexto, pedimos a los poderes públicos franceses que asuman sus responsabilidades: hacer cumplir esta ley, promover la adopción de normas vinculantes similares en Europa y en el mundo. Actor histórico del cambio en más de 60 países, el CCFD-Terre Solidaire actúa contra todas las formas de injusticia. Trabajamos para que se respeten los derechos fundamentales de todas las personas: no padecer hambre, vivir dignamente de su trabajo, vivir en un medio ambiente sano, elegir dónde construir su vida. En México, CCFD-Terre Solidaire apoya la «apuesta» de las sociedades civiles locales, y en particular de organizaciones campesinas e indígenas, de mujeres y jóvenes, para «reconstruir» la gobernanza a partir de los territorios, a nivel local, en una lógica de defensa y construcción de los derechos por los pueblos. Nuestro compromiso por más justicia y solidaridad tiene sus raíces en el pensamiento social de la Iglesia. A través de nuestra acción individual y colectiva, proponemos y apoyamos soluciones políticas y sobre el terreno.



El Centro Europeo para los Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR) es una organización alemana sin ánimo de lucro fundada en 2007. El ECCHR desarrolla y apoya litigios estratégicos en diversos tribunales de derecho común, regionales o internacionales en materia de derechos humanos para que los agentes estatales y no estatales rindan cuentas de las violaciones de los derechos de las personas o comunidades más vulnerables. El departamento de «empresas y derechos humanos» del ECCHR ayuda a las personas afectadas por violaciones de los derechos humanos causadas por empresas multinacionales en el curso de sus operaciones en el extranjero. El ECCHR ha estado trabajando junto a su socio mexicano ProDESC sobre la situación de Unión Hidalgo desde 2015, aportando su experiencia en el deber de vigilancia de las empresas multinacionales desde hace varios años. Por ello, el ECCHR intervino como experto en el procedimiento ante el Punto de Contacto Nacional de la OCDE en Francia presentado por ProDESC y miembros de la comunidad de Unión Hidalgo en relación con el proyecto Gunaá Sicarú. El ECCHR es demandante en la acción civil conjunta con la comunidad de Unión Hidalgo y ProDESC presentada el 13 de octubre de 2020 pasado contra EDF.



El Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.C. (ProDESC) es una organización feminista con alcance transnacional y visión interseccional de la defensa de los derechos humanos, fundada en 2005 por la abogada y defensora Alejandra Ancheita. Con la implementación del método de defensa integral, diseñado bajo una serie de líneas estratégicas, el equipo de ProDESC defiende y acompaña procesos comunitarios y de colectivos atendiendo 3 derechos fundamentales: derecho a la tierra, territorio y bienes naturales, los derechos humanos laborales y el derecho a defender derechos humanos. Desde 2011, ProDESC acompaña de manera integral a comunidades de la región del Istmo de Tehuantepec en la búsqueda de justicia y respeto de sus derechos humanos como pueblos indígenas y campesinos. Las y los comuneros de Unión Hidalgo, en colaboración con ProDESC, han iniciado desde 2013 una defensa integral de sus derechos ante el despojo de sus tierras por la industria eólica, la imposición de proyectos por empresas multinacionales y la persecución de defensoras y defensores comunitarios. Recientemente, esta defensa ha tomado una dimensión transnacional sin precedentes en América Latina.