

30 de noviembre de 2020

La Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas agradece la invitación a presentar comentarios al proyecto *Las empresas y los derechos humanos: hacia una década de implementación global*, convocado por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos y su Secretaría. En ese sentido, se desea subrayar lo que en nuestra opinión son algunos de los desafíos y temas por priorizar para la región latinoamericana en la próxima década.

Desafíos

1. Desarrollar la obligación de protección en el ámbito interno

Una de las principales dificultades a la que se han enfrentado los Principios Rectores es a concebir sus elementos desde perspectivas distintas al enfoque de políticas públicas y Planes de Acción Nacional. Aunque se reconoce el valor que dichos elementos tienen para la inserción de la temática de empresas y derechos humanos en la agenda pública de los países de la región, y se identifican algunas buenas prácticas en las políticas públicas de Colombia y Chile, es necesario contar con desarrollos más consistentes y transversales, que actualicen y doten de contenido y sustento jurídico a las acciones de los mecanismos administrativos, legislaturas y judicaturas.

2. Que la “mezcla inteligente” parta de la existencia de un marco normativo apropiado

Los Principios Rectores hablan de una “mezcla inteligente” de medidas voluntarias y obligatorias, una propuesta particularmente prudente para generar consensos hacia la adopción de este instrumento en 2011. Lo cierto es que, hasta la fecha, se ha priorizado el enfoque en las medidas voluntarias, y no se ha abordado la temática en América Latina desde una perspectiva de obligatoriedad. Lo anterior implica serias deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos de los Estados, pues existe un deber de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos, y el Pilar I de los Principios Rectores ofrece un diagnóstico que complementa y especifica la manera en que los Estados deben actuar para cumplir con esas obligaciones convencionales. A diez años de distancia de la adopción de los Principios Rectores, es evidente que, aunque las medidas de promoción o de involucramiento son positivas, no sustituyen la obligación de contar con un marco normativo y regulatorio adecuado. En ese sentido, debe enfatizarse que la “mezcla inteligente” requiere de un marco normativo apropiado, que pueda ser complementado con medidas voluntarias.

3. El Estado como actor económico

Los Estados de América Latina deben tomar medidas urgentes para que, a través de su función económica, contribuyan a la creación de condiciones de respeto de derechos humanos en los mercados y áreas en las que operan. Lo anterior aplica a todas aquellas áreas de la función económica del Estado, sea en la contratación pública, en la privatización de servicios públicos, en la atracción de inversión, y ciertamente en las empresas públicas. Asimismo, el Estado tiene un

importante papel por desempeñar en facilitar la comprensión del tema por el sector privado, a través de la publicación de lineamientos y guías, el desarrollo de cursos de capacitación, entre otras funciones.

4. ¿Qué papel para el sector empresarial latinoamericano?

Aunque en el sector privado de América Latina hay avances prometedores, en especial en algunos países e industrias, es necesario generar una mayor participación de un número más amplio de empresas y, sobre todo, exigir la coherencia entre el apoyo verbal a los derechos humanos y su realización en la práctica, en especial a través de medidas preventivas y evaluaciones de impacto. No basta con declarar el respeto a los derechos humanos, sino que es necesario que las empresas implementen los mecanismos de detección de riesgos y tomen medidas pertinentes para evitarlos.

5. ¿Cuáles son los límites jurídicos de los Principios Rectores?

Para efectos de la implementación del Pilar II, es importante conocer sus limitaciones desde una perspectiva jurídica. Esto es especialmente cierto respecto de la responsabilidad de una empresa en relación con actores con quienes no tiene un vínculo jurídico. Los Principios Rectores hacen referencia a la posibilidad e importancia de que una empresa pueda influir en otras empresas; sin embargo, lo anterior no necesariamente debe interpretarse como una exigencia o deber jurídico. Los Principios Rectores, y en especial el segundo pilar, no fueron concebidos desde una perspectiva jurídica, sino como una serie de recomendaciones prácticas que las empresas podrían seguir para cumplir con la expectativa de respetar los derechos humanos, y debe tenerse cuidado al intentar realizar una transposición a los marcos normativos.

6. Debilidades en la interacción del abanico de mecanismos de reparaciones disponibles

Los Principios Rectores incorporan a la ecuación de los mecanismos de reparación no sólo aquellos en cabeza o en manos de los Estados, sino también, y de forma original, otorgan un rol preponderante a los mecanismos extrajudiciales, estatales o no, y a los operacionales. Sin embargo, y pese a los esfuerzos desplegados por el Grupo de Trabajo, no se han conseguido resultados satisfactorios que fortalezcan el diálogo de los mecanismos y la posibilidad de integrar las estrategias extrajudiciales con las judiciales, de forma que simplifiquen y aceleren el acceso de grupos y personas afectadas por la actividad empresarial abusiva. En este sentido, resulta necesario robustecer los estudios empíricos sobre acceso a la justicia, identificando las capacidades y limitaciones de los mecanismos de reparación.

Temas prioritarios

1. Claridad y definición normativa en la positivización de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos

La debida diligencia es la calificación que se da al desempeño empresarial cuando se actúa en congruencia con los diferentes elementos plasmados en el segundo pilar de los Principios Rectores, es decir, con la puesta en marcha de mecanismos de identificación y evaluación de

impactos, la integración de los resultados y su seguimiento, la comunicación efectiva con partes interesadas, y la adecuada mitigación o reparación. Dicho de otra forma, se actúa con debida diligencia en derechos humanos, siendo un estándar de conducta, y no un proceso en sí.

Es importante tomar en cuenta lo anterior para efectos de la inclusión del contenido del Pilar II en marcos normativos, particularmente considerando la existencia de figuras análogas o similares en los marcos de derecho civil (incluyendo lo comercial y laboral), administrativo y penal de diversos Estados de la región. Dichas normas implican la existencia de una base normativa que puede ser utilizada tanto para la determinación de la responsabilidad jurídica de una empresa – incluyendo la consideración de atenuar o agravar la sanción según la conducta y esfuerzos de prevención de daños de la empresa–, como para determinar la reparación de las víctimas.

En virtud de lo anterior, y de la práctica y marcos legislativos de la región, será importante revisar la conveniencia de emular los modelos que se discuten o implementan actualmente en Europa y en otras partes del Norte global, considerando la diferencia normativa y de los sistemas jurídicos, y la capacidad de los Estados para dar seguimiento a las obligaciones existentes.

2. ¿Cómo asegurar un mayor conocimiento judicial de los PREDH?

Una plataforma importante para la defensa de los derechos humanos en América Latina han sido los recursos judiciales y los mecanismos de acceso a la justicia. En virtud de ello, es importante aumentar la capacidad de las judicaturas y de los órganos de procuración de justicia sobre los postulados de los Principios Rectores y su traducción y vinculación con los marcos normativos y procesos internos, a fin de que desarrollen o fortalezcan sus capacidades en la materia. Distintos vehículos que pueden ser utilizados en ese sentido son el reciente informe de la CIDH sobre la temática, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que progresivamente abordan las responsabilidades de los Estados, y la inminente entrada en vigor del Acuerdo de Escazú.

3. América Latina como sede de empresas con actividades y operaciones transnacionales, y su impacto en el derecho internacional privado latinoamericano

La región latinoamericana ha transitado paulatinamente de ser una región eminentemente receptora de inversión extranjera, a una región de donde surgen inversiones extranjeras hacia otras partes del mundo. Considerando ese factor, de los países latinoamericanos como sedes de empresas globales, es fundamental abordar e involucrar al derecho civil para definir la competencia jurisdiccional, el derecho aplicable, las herramientas y mecanismos para la cooperación jurisdiccional internacional y la efectividad extraterritorial de las sentencias a través del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, es decir, analizar la temática desde una perspectiva de derecho internacional privado, y en especial su articulación adecuada para garantizar los derechos de acceso a la justicia y a la reparación. Considerando la trascendencia jurídica, política y económica de la cuestión, es importante y conveniente que haya un análisis e involucramiento activo de parte de los Estados en las discusiones sobre un tratado en materia de empresas y derechos humanos, partiendo desde una perspectiva de derechos humanos y del análisis normativo.

4. La necesidad de separar las agendas de desarrollo sostenible y de empresas y derechos humanos

En diversas partes del mundo, y en especial en el sector empresarial, se ha hecho un importante énfasis en que las agendas sobre desarrollo sostenible y sobre empresas y derechos humanos se entrecrucen. Sin embargo, la práctica reciente refleja un importante riesgo –en algunos casos incluso una realidad– de captura ideológica del desarrollo sostenible sobre la agenda de empresas y derechos humanos. En ese sentido, será importante desligarlas y visibilizar de forma más contundente que contribuir a los ODS no implica cumplir con la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Puede existir complementariedad entre las iniciativas, pero una no sustituye a la otra, y en ese sentido, debe darse prioridad al mensaje sobre la identificación y prevención de impactos adversos a los derechos humanos.

5. La necesidad de aterrizar la agenda global a la plataforma y realidad regionales

Un área de oportunidad significativa es apoyar la convergencia entre la implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos y las obligaciones convencionales y jurisprudenciales derivadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Considerando el peso ideológico, normativo y social que tiene el Sistema Interamericano en la región, lograr una mayor convergencia y la “interamericanización” de los Principios Rectores debe ser una prioridad en la agenda de empresas y derechos humanos de la próxima década.

6. La transversalización de una perspectiva de género interseccional

El impacto diferenciado de las actividades empresariales en los derechos humanos de las mujeres ha sido abordado muy recientemente a través de las Directrices de Género para los Principios Rectores. Este marco debe ser profundizado en los próximos diez años a la luz de las múltiples dimensiones de discriminación a las que están expuestas las mujeres por su pertenencia a grupos en situación de vulnerabilidad. Esta mirada interseccional debería ser ampliamente impulsada por el Grupo de Trabajo, teniendo en consideración también a los principios de conducta para empresas en cuanto a la discriminación contra personas LGBTI, los derechos de la infancia y los principios empresariales, y los principios de empoderamiento de la mujer.

Agradeciendo de nueva cuenta la oportunidad de contribuir algunas reflexiones sobre las oportunidades para la implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en América Latina durante la próxima década, quedamos a su disposición para toda consulta relativa a esta contribución, y para apoyar al Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales y su Secretaría en sus distintas actividades y proyectos en América Latina.

Atentamente,



Dr. Humberto Cantú Rivera
Director General