

El Estado de derecho y la reparación judicial en materia de empresas y derechos humanos en Latinoamérica

March 9, 2022

About the author: Miguel Barboza López es abogado peruano y maestro en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos de América). Actualmente es Coordinador de Proyectos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (KAS) responsable de la línea de empresas y derechos humanos.

En la actualidad el Estado de derecho no cuenta con una definición única a nivel de los Estados. Algunas definiciones se encaminan más a las teorías sustantivas “*thick*” basadas en el ideal ético de los que es justo, o a las teorías formales “*thin*” cuyo centro es el imperio de la ley.

Pese a esta multiplicidad de pareceres sobre su conceptualización, como bien lo señaló el Secretario General de las Naciones Unidas, el Estado de derecho a nivel general es comprendido como “*un principio de gobierno en el que todas las personas, instituciones y entidades públicas y privadas, incluido el propio Estado son responsables ante leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se dictan con independencia, y que son compatible con las normas internacionales de derechos humanos*”. La Comisión de Venecia comparte esta concepción, al puntualizar como elementos del Estado de derecho la legalidad, la seguridad jurídica, la prohibición de la arbitrariedad, el acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales, el respeto de los derechos humanos, y la no discriminación e igualdad ante la ley.

Las empresas, por lo tanto, son un actor clave para hacer cumplir el Estado de derecho, en donde los Estados deben prestar atención al fortalecimiento de dos componentes:

- a) la normativa y políticas públicas que regulan la actividad empresarial y su adecuada aplicación, y
- b) la observancia de las prácticas empresariales que velen por el respeto de los derechos humanos.

Esto quiere decir que el fortalecimiento del Estado de derecho no debe ser visto únicamente de arriba hacia abajo (Estado a Empresa) con normativas y políticas públicas, sino también a la inversa (Empresa a Estado), en donde los Estados pueden tomar buenas prácticas empresariales en pro del fortalecimiento de la legislación y órdenes públicas y observar el comportamiento empresarial previamente a regularlo o supervisarlos. Los dos componentes tienen un eje transversal que es la “centralidad de las comunidades y personas” que pueden ser impactadas por el actuar corporativo.

Este silogismo se aplica al Pilar III de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos que recoge el deber de remediación y en el cual se regula el acceso a mecanismos de reparación que tiene dos aristas. El derecho procesal al acceso a los recursos (parte instrumental), y el derecho sustancial a obtener una reparación (parte material), este último, a su vez, cuenta con tres componentes:

- a) la reparación directa al daño: restitución, rehabilitación, y compensación;
- b) la reparación con enfoque preventivo: garantías de no repetición; y
- c) la garantía en la implementación de la reparación vista desde los mecanismos empleados por las empresas, estados y víctimas.

Los Estados, tomando en cuenta estos componentes pueden optar por ver la reparación como un eje “transformador” de realidades. En donde la asimetría del poder entre empresas y sociedad no juegue en contra de la igualdad e imparcialidad que deben regir los procesos de resolución de conflictos, sean o no judiciales. Así, las “reparaciones transformadoras”, que caminan de la mano con los dos componentes especiales del Estado de derecho antes mencionados, necesitan buscar una ruta clara para fortalecerse:

Primer camino: evaluar la implementación o modificación de leyes que regulan el acceso a mecanismos de reparación en temas de empresas y derechos humanos conforme a los parámetros internacionales. Aquí se puede aplicar el control de convencionalidad; analizar las prácticas legislativas comparadas de otros países; y evaluar guías o lineamientos dados por organismos u organizaciones que se encargan de estudiar el tema de empresas y derechos humanos, como la OCDE, el Instituto Danés, e incluso entidades certificadoras como la Organización Internacional de Estandarización (ISO) que publicó el estándar 26000. No obstante, esto no es suficiente, se requiere que exista coherencia normativa para que las leyes sean efectivas y no se queden en letra muerta.

Este camino también se enfoca a las políticas públicas. Los Planes Nacionales de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA) son un ejemplo claro, pero no único. También pueden promoverse políticas públicas que desde la “interseccionalidad” (lectura de vulnerabilidades de personas impactadas) e “intersectorialidad” (sectores de empresas) promuevan prácticas empresariales adecuadas para garantizar medidas de reparación.

Segundo camino: fortalecer las capacidades de funcionarios y funcionarias estatales, operadores y operadoras de justicia y del sector empresarial, particularmente en materia de “debida diligencia empresarial”. Herramienta clave para gestionar a nivel interno de las empresas los riesgos potenciales y reales que pueden vulnerar derechos humanos y acarrear una eventual reparación.

En muchos países de Latinoamérica se regulan conceptos jurídicos para prevenir un daño, como por ejemplo en Argentina la “función preventiva”, en Chile “el deber de cuidado”, o el concepto constitucional del buen vivir en Ecuador. No obstante, la “debida diligencia empresarial” es un concepto más amplio cuyo fin si bien es la prevención, acarrea el análisis de diversos componentes estructurales de la empresa para identificar, evaluar, monitorear y dar seguimiento a sus riesgos operativos.

Ahora, en cuanto a las reparaciones, estas no son un elemento de la debida diligencia empresarial, sino un proceso que debe facilitarse y respaldarse a través de este. Por este motivo, las empresas cumplen un rol esencial en la observancia de las garantías judiciales.

La asimetría de poder muchas veces se ve reflejada en la falta de información con la que cuentan las partes, principalmente las personas o grupos demandantes o denunciados. Esto se presenta tanto en empresas nacionales y transnacionales, siendo mayormente desafiante en estas últimas. No obstante, existen algunos mecanismos para acceder directamente a la jurisdicción extranjera y solicitar información que sirva para el litigio de un caso nacional donde opera la subsidiaria, como el *Foreign Legal Assistance Act* en Estados Unidos de América; así como fuentes de apoyo diplomático para que los

operadores de justicia soliciten información directamente de una empresa extranjera en el caso de países que hayan firmado un tratado de cooperación y asistencia judicial, o la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias a nivel de las Américas.

Otra garantía a considerarse, fuera de las regularmente expuestas es la implementación de “peritajes judiciales especializados en debida diligencia empresarial” que permitan acerca al juez con mayor precisión a este tema, con especialidad y participación equitativa de las partes intervinientes en un proceso judicial. En la actualidad no existen peritajes de este tipo, al menos en Latinoamérica.

Tercer camino: fomentar el diálogo vertical y horizontal entre funcionarios y funcionarias judiciales sobre casos vinculados a empresas y derechos humanos y las medidas de reparación otorgadas. En el campo judicial a nivel de Latinoamérica contamos con diversas sentencias que se aproximan al tema, por ejemplo, la sentencia 123 de 2018 de la Corte Constitucional colombiana que aborda el concepto de debida diligencia aplicado al derecho de los pueblos indígenas de la Gobernación del Cabildo Indígena AWÁ y que ordena al Estado como medida de reparación que adelante un proceso de consulta previo, libre e informado. No obstante, pese a esta y otras sentencias, no se observa mayormente que las cortes o tribunales dialoguen entre sí (se citen) para analizar otros casos locales vinculados a empresas y derechos humanos y sus experiencias en materia de reparación.

Cuarto camino: asegurar que la transformación también se fomente a nivel interno de las empresas. Los instrumentos de gestión corporativa deben conducir a que las empresas sean vigilantes de las garantías del debido proceso y que tenga los medios necesarios para cumplir con las reparaciones de una manera pronta y clara. Por otro lado, una sentencia que ordena el cumplimiento de ciertas medidas de reparación debe traducirse a nivel corporativo como una oportunidad para el fortalecimiento de las capacidades corporativas en el manejo de la debida diligencia empresarial para prevenir impactos adversos a los derechos humanos.

En resumen, el Estado de derecho debe funcionar como un marco garantista dentro del cual se conduce esta ruta (cuatro caminos) para asegurar el acceso a mecanismos de reparación judicial y el cumplimiento de la reparación en si en casos donde las empresas estén involucradas. La transformación de las prácticas estatales, corporativas y particulares deben ser el fin primordial de la reparación, sin el cual no podríamos avanzar hacia un marco donde se cumplan los elementos básicos del Estado de derecho. Este es un ciclo de transformaciones en donde se permite avanzar con las lecciones aprendidas pero el retroceder puede generar responsabilidades reforzadas para todos los actores involucrados.

Citação sugerida:M. Barboza López, ‘El Estado de derecho y la reparación judicial en materia de empresas y derechos humanos en Latinoamérica’, Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog, 9th March 2022.