

# Regulación del deber empresarial de respeto de los derechos humanos y del medio ambiente: una oportunidad para latinoamérica

January 30, 2024

**Sobre la autora:** Gabriela Quijano es abogada, consultora internacional e investigadora en empresas y derechos humanos. Trabaja con organizaciones y redes de la sociedad civil en temas de regulación del impacto de las empresas sobre los derechos humanos y el medio ambiente, conducta empresarial responsable, rendición de cuentas empresarial y acceso a la justicia. La presente contribución se basa en su trabajo con la Federación Internacional de Derechos Humanos y tres de sus organizaciones socias de Latinoamérica, Perú Equidad, Observatorio Ciudadano y Justicia Global, y en el Informe regional preliminar: agenda legislativa para la responsabilidad legal de las empresas por abusos a los derechos humanos y daño al medio ambiente en Latinoamérica.

## INTRODUCCIÓN

Luego de años de enfoques voluntaristas y de autorregulación, la necesidad de adoptar medidas vinculantes para hacer efectivo el deber empresarial de respeto de los derechos humanos y del medio ambiente es hoy incuestionable. En 2014, por iniciativa del estado ecuatoriano y con el apoyo de otros países del Sur Global, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas dictó la Resolución 26/9 llamando a la conformación de un Grupo de Trabajo Intergubernamental para la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos. Pocos años más tarde, comenzaron a proponerse y aprobarse en Europa leyes sobre la debida diligencia empresarial. La ley francesa sobre el deber de vigilancia empresarial fue la primera en aprobarse en 2017, seguida de leyes de debida diligencia en los Países Bajos, Noruega, Suiza y Alemania. Otros países europeos están siguiendo estos pasos. En febrero de 2022, la Comisión Europea presentó un proyecto de Directiva sobre la debida diligencia empresarial que se encuentra hoy cerca de ser aprobada. Una vez sancionada, esta Directiva deberá ser incorporada a la legislación interna de todos los Estados miembros de la Unión Europea.

No hay duda de que Europa está surcando nuevas fronteras en esta área y marcando el rumbo a seguir para el resto del mundo. Sin embargo, las leyes ya en vigor en este continente o aquellas todavía en discusión, incluida la propuesta de Directiva europea, presentan muchas lagunas y deficiencias que pueden comprometer su efectividad. Por ejemplo, abarcan un número reducido de empresas o de derechos humanos, limitan el alcance de las obligaciones de debida diligencia de las empresas, no contemplan medidas fuertes de fiscalización o de responsabilidad legal por daños, o carecen de medidas paliativas de la asimetría procesal.

En este escenario, América Latina está rezagada en materia de regulación del deber de respeto empresarial de los derechos humanos y del medio ambiente. Sin embargo, el hecho de que los países de Latinoamérica se embarquen en procesos legislativos con posterioridad a los procesos europeos puede ser una oportunidad para mejorar los actuales estándares de protección.

## **LA SITUACIÓN EN LA REGIÓN**

Los derechos humanos de las poblaciones de los países de Latinoamérica se ven afectados diariamente por actividades ilegales, irresponsables y negligentes de una gran cantidad de empresas nacionales y transnacionales que operan en la región. A pesar de los compromisos asumidos por la mayoría de los estados de la región, ninguno ha avanzado de forma significativa en la regulación, fiscalización y sanción de abusos empresariales. Los Planes de Acción Nacional (PAN) sobre Empresas y Derechos Humanos impulsados en la región han resultado en general decepcionantes tanto por la forma poco participativa de su elaboración como por su contenido.

Frente a esta situación, las organizaciones de la sociedad civil han comenzado a plantear la necesidad de adoptar medidas de carácter vinculante, reflejando el proceso que llevan los países europeos. En Perú, una plataforma amplia de la sociedad civil presentó una propuesta de ley sobre empresas y derechos humanos al gobierno. Brasil cuenta con un anteproyecto de ley marco sobre derechos humanos y empresas, actualmente bajo consideración del congreso nacional. El programa de gobierno del actual presidente de Chile, por su parte, incluye la elaboración de una ley de debida diligencia empresarial. Otros países de la región como Colombia y México están deliberando el tipo de intervención normativa necesaria en esta área.

Si bien cada país de la región deberá realizar su propia evaluación interna para determinar qué tipo de ley o reforma legal sea necesaria, existen ciertas características y necesidades comunes a todos los países de Latinoamérica que las nuevas leyes o intervenciones normativas que se persigan deben tener en cuenta para ser efectivas. Entre éstas se encuentran el carácter predominantemente "territorial" de los abusos y la enorme brecha que existe entre la ley escrita y su implementación práctica. Estos dos factores hacen necesario que la reflexión sobre las leyes o intervenciones legislativas necesarias se funden, por un lado, en un entendimiento cabal de los marcos regulatorios existentes y sus vacíos legales y, por el otro, en los motivos por los cuales las leyes y regulaciones existentes en el contexto de la actividad empresarial (en muchos casos fuertes) no se cumplen.

Por ejemplo, los desafíos sistémicos en la implementación de la ley hacen necesaria la introducción de ciertos rasgos y enfoques en las nuevas leyes o ajustes normativos para hacer más factible su aplicación efectiva. Es esencia, por ejemplo, que las nuevas leyes o ajustes normativos fortalezcan la capacidad gubernamental de hacer cumplir la ley, que otorguen herramientas de empoderamiento a las personas titulares de derechos (como acceso amplio a la información) y que prevean medidas que limiten el poder empresarial y atenúen la desigualdad de armas a nivel procesal.

## **ÁREAS CLAVE DE REFORMA LEGAL**

En el ámbito de empresas, derechos humanos y medio ambiente, existen grandes ejes o áreas clave de reforma legal que deberían perseguirse independientemente del instrumento o tipo de intervención normativa que se escoja. La Federación Internacional por los Derechos Humanos (FIDH) elaboró un informe regional (todavía en consulta) describiendo estas áreas clave. Este informe, y las propuestas de reforma legal específicas que avanza, se basan en la posición y llamados de múltiples organizaciones de la sociedad civil de la región, consultas individuales y grupales con personas expertas y la lectura extensiva de diversos informes latinoamericanos sobre la materia. Entre estos

Últimos, es de particular importancia el informe de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales denominado 'Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos'.

Las propuestas de reforma legal se inspiran también en el contenido de los proyectos de ley de la sociedad civil para Perú y Brasil, en elementos clave del Acuerdo de Escazú (ya en vigencia y obligatorio para muchos países) y en principios fundamentales del sistema interamericano de derechos humanos. En este sentido, son propuestas que reflejan y avanzan principios y enfoques de derechos humanos distintivos y firmemente arraigados en la región.

### **El olvidado rol del Estado como garante de derechos**

La atención (necesaria, pero desproporcionada) sobre la regulación de la debida diligencia empresarial de los últimos años restó importancia al papel esencial del Estado como garante o "guardián" de derechos. En el ámbito de las empresas y los derechos humanos, el Estado no puede verse como un simple árbitro entre partes privadas. Las nuevas leyes o reformas legislativas deben (re)establecer el deber expreso y claro de las instituciones del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos y la protección del medio ambiente en el contexto de actividades empresariales. Este deber tiene muchas aristas, empezando por el deber de respeto propio del Estado cuando es éste quien actúa como agente económico, el deber de hacer cumplir el deber empresarial de respeto de los derechos humanos y del medio ambiente a través de órganos competentes e independientes con poderes suficientes de vigilancia, fiscalización y sanción y la obligación de tomar medidas afirmativas para asegurar la igualdad material entre empresas e individuos o comunidades afectadas por sus actividades.

### **El deber empresarial de respeto y prevención**

En cuanto a las empresas, es necesario que las leyes impongan un deber legal expreso de respeto de los derechos humanos y del medio ambiente, o un deber de prevención de abusos a los derechos humanos y daño ambiental. Este deber no debe reducirse a una obligación de debida diligencia, y debe estar respaldado por consecuencias legales de tipo civil, administrativo y/o penal (según la naturaleza y gravedad del abuso de que se trate) por su incumplimiento. Si la debida diligencia es regulada por ley, es importante que, por un lado, quede claro que se trata de un mecanismo o medio de cumplir con el deber de respeto o de prevención (es decir, que la debida diligencia no sea un fin en sí mismo). Por otro lado, la debida diligencia debe ser adoptada como un elemento de un programa de reforma legislativa mucho más amplio que incorpore, como ya mencionado más arriba, el rol del Estado, herramientas de empoderamiento de las personas titulares de derecho y medidas para asegurar el acceso a la justicia y la reparación integral.

### **El derecho fundamental de acceso a la justicia**

Un área fundamental de reforma legal tiene que ver con el acceso efectivo a la justicia. Esto también requiere de una actuación sostenida y proactiva del Estado en, como mínimo, tres frentes:

1. Eliminación de obstáculos substantivos, procesales y/o prácticos que prevalecen en casos de abuso a los derechos humanos y daño al medio ambiente por parte de empresas, e impiden o dificultan el acceso a la justicia en la práctica;
2. Aseguramiento de la igualdad material de las partes tanto en el acceso como en el uso efectivo de los procedimientos de justicia;
3. Garantía de reparación plena e integral de la parte afectada a través de, entre otras

medidas, la facultad judicial de ordenar una amplia gama de medidas de reparación que vaya más allá de la indemnización monetaria (por ejemplo, restitución cuando sea posible, satisfacción, rehabilitación, etc.).

### **Derechos procedimentales como ejes transversales**

Es indispensable que las leyes o intervenciones normativas establezcan o refuercen derechos procedimentales en los ámbitos de actuación tanto de entidades públicas como de las empresas. A estos efectos, los estados deben consagrar o fortalecer los derechos de participación, consulta y consentimiento libre, previo e informado, y garantizar su cumplimiento efectivo en el contexto de planes, proyectos y actividades empresariales que tengan o puedan tener un impacto adverso sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Deben asegurar a su vez el principio de máxima transparencia y el derecho de acceso a información relevante para el efectivo resguardo de los derechos humanos y del medio ambiente, tanto si se encuentra en manos públicas como privadas.

Debe garantizarse también la perspectiva interseccional y diferencial, incluidos los enfoques étnico y de género, tanto en el ejercicio de los deberes estatales de regulación y fiscalización como en el cumplimiento de los deberes de respeto y debida diligencia de las empresas. Finalmente, los Estados deben ajustar o desarrollar sus marcos normativos para garantizar el “derecho a defender los derechos humanos” y el medio ambiente en el contexto de la actividad empresarial, comenzando por asegurar un ambiente propicio y seguro para la libre expresión, libertad de reunión pacífica y asociación.

### **PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO**

Un posible “valor agregado” de la legislación latinoamericana en materia de empresas, derechos humanos y medio ambiente es la integración de criterios y estándares interamericanos de derechos humanos altamente relevantes y críticos en este ámbito.

El principio *pro persona* exige que la formulación, implementación e interpretación de las normas pongan al ser humano en el centro, y busquen resultados que maximicen la protección de sus derechos humanos. Los principios de **reparación integral** y **centralidad de la víctima** aseguran que los procedimientos de justicia respondan a las características, situación y necesidades particulares de las víctimas, y que las medidas reparatorias tengan en cuenta la totalidad de los daños sufridos.

El principio de **igualdad material** exige que el Estado tome medidas proactivas de equiparación de las partes cuando existen entre ellas marcadas desigualdades de hecho y disparidad de armas, como es el caso entre empresas y personas titulares de derechos. El principio de **prevención integral** requiere un entendimiento cabal de todas las fases y aspectos de la actividad empresarial que generan riesgos a los derechos humanos y al medio ambiente, y la adopción de medidas preventivas para cada una de ellas. Supone también la posibilidad de instar a las instituciones del Estado a tomar medidas urgentes frente a situaciones de peligro inminente.

El **principio precautorio** prescribe que frente a un peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para prevenir la degradación del medio ambiente. En su Opinión Consultiva Oc-23/17 de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció expresamente el principio precautorio y sostuvo que los estados deben tomar medidas eficaces de prevención para proteger los derechos a la vida y la integridad personal en casos en que haya indicadores plausibles de que una actividad pueda acarrear un daño grave e irreversible al medio ambiente, incluso en ausencia de certeza científica de que tal daño vaya a ocurrir.

## CONCLUSIÓN

El proceso de regulación de la actividad empresarial en materia de derechos humanos y medio ambiente ya está en marcha a nivel global. Si no es a través de regulación nacional, las empresas de Latinoamérica se verán obligadas a implementar medidas de debida diligencia en respuesta a las exigencias de empresas europeas o de otras partes del mundo sujetas a regulación de sus países de origen. Frente a esta situación, los países latinoamericanos pueden optar por dejar la regulación de las empresas locales o que operan en sus territorios en manos de otros países, en particular países del Norte Global, o introducir legislación doméstica que responda a la realidad y necesidades locales.

El segundo camino no significa ni requiere “reinventar la rueda”, pero sí da la posibilidad de observar los procesos y experiencia europeos, identificar aspectos fuertes y limitaciones de las leyes ya en vigor y, en función del principio *pro persona*, adoptar modelos y regímenes que coloquen al ser humano (y al planeta) en el centro. Dada su tradición progresista en materia de derechos humanos y sus marcos constitucionales garantistas y, en muchos casos, de vanguardia a nivel global, la región latinoamericana tiene la oportunidad de avanzar más allá de las leyes europeas y constituirse en un verdadero modelo en materia de regulación de la responsabilidad legal empresarial.

**Suggested citation:** G. Quijano, ‘Regulación del deber empresarial de respeto de los derechos humanos y del medio ambiente: una oportunidad para latinoamérica’, Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog, 30th January 2024