La debida diligencia en el nuevo Informe sobre Empresas y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

By:

Judith Schönsteiner

Judith Schönsteiner*

La debida diligencia en el nuevo Informe sobre Empresas y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Due diligence in the new report of the Inter-American Commission on Human Rights on Business and Human Rights

English Summary

This contribution highlights two points made in the latest report of the Inter-American Commission of Human Rights on Business and Human Rights (2019), which, in the future, might well transcend the debate in the Americas: the clear

definition of a State obligation to regulate enterprise due diligence in national law, creating an indirectly binding natureof the until now voluntary Pillar II of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the insufficiency of adopting public policies (without regulation) on the matter to comply with that obligation, risking to be found acquiescent in business behavior that violates human rights.

Keywords:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos/ empresas y derechos humanos/ debida diligencia/ políticas públicas

Introducción

Si un Estado se limitara a aceptar que las empresas que operan en su territorio o están incorporadas en él se guíen por el respeto voluntario a los derechos humanos, esto no sería suficiente para cumplir con las obligaciones que emanan de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Así constata la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su último Informe sobre empresas y derechos humanos, publicado a finales de 2019.[1] Este informe sigue la interpretación que le han dado los órganos internacionales de derechos humanos al asunto que comúnmente se discute en el marco de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE.

Igualmente, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nº 16, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General Nº 24, pero también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en múltiples casos sobre inversión de las industrias extractivas en territorios indígenas, sobre esclavitud moderna como en el caso Hacienda Brasil Verde vs Brasil, exigen adoptar todas las medidas necesarias, incluyendo las legislativas, para garantizar el respeto a los derechos humanos por parte de particulares.

En esta corta contribución quiero destacar dos puntos del Informe de la CIDH que pueden transcender en el debate hemisférico: (i) la obligación de regular la debida diligencia empresarial y de crear así, una *obligatoriedad indirecta* de la hasta ahora voluntaria debida diligencia internacional para las empresas; y (ii) la insuficiencia de adoptar políticas públicas para cumplir con esta obligación, a riesgo de ser responsable por acquiescencia en hechos violatorios cometidos por privados.

El informe de la Comisión Interamericana y la debida diligencia empresarial

El informe llega a ser muy explícito en la obligación de los Estados de regular la debida diligencia empresarial, o sea, lo que está definido en el Pilar II de los Principios Rectores como un proceso para lograr el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas. Los Estados deben ver la debida diligencia "no solo como responsabilidad fundada como una expectativa social básica sino como consecuencia jurídica del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en estos contextos." (párr. 66). En este contexto, la CIDH justifica la obligación de adoptar regulación específica sobre la debida diligencia empresarial como parte de la debida diligencia estatal:

> "los Estados deben exigir [la debida diligencia] a las empresas en el plano interno, (…) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos" (párr. 50).

Anteriormente, los órganos internacionales habían sido un poco más cautos al otorgar a los Estados mayor discreción sobre los medios para lograr la debida diligencia empresarial. Así, el Comité DESC había indicado en su Observación General Nº 24:

> "Los Estados deberían adoptar medidas como imponer los requisitos de la diligencia debida para prevenir las violaciones de los derechos del Pacto en la cadena de suministro de las empresas y por parte de los subcontratistas, proveedores, franquiciados u otros socios comerciales." (párr. 16)

Los problemas conceptuales con la debida diligencia, tal como fue definida por John Ruggie, hubieran tal vez aconsejado algunos matices adicionales al exigir

que sólo *esta* debida diligencia sea desarrollada por leyes, y es posiblemente por ello que la Comisión no da muchos detalles sobre el contenido específico. Sin embargo, la CIDH hace énfasis en que el resultado aspirado por toda regulación es el respeto a los derechos humanos.

Ante un debate sobre la (in)existencia de obligaciones empresariales *directas* en el derecho internacional –con las excepciones aplicables principalmente para las normas de *ius cogens*,[2] y las empresas de propiedad del Estado[3]– la CIDH insiste en lo que podríamos llamar *obligatoriedad indirecta* del respeto a los derechos humanos y de la debida diligencia empresarial: la obligatoriedad de implementar el Pilar II para una empresa surge a partir de la regulación interna de los Estados.

Pero ésta ya no es simplemente una opción que los Estados –discrecionalmente – podrían dejar y relegar a la "eficacia" de incentivos voluntarios. Al contrario, los Estados tienen el deber de adoptar legislación que obligue a las empresas a adoptar políticas y procesos de debida diligencia (párr. 66). La CIDH no resuelve el problema de la obligatoriedad directa –presumiblemente por falta de jurisdicción– pero deja clara la pista a seguir para los Estados.

Leyes de debida diligencia, Planes Nacionales de Acción y marcos normativos sobre empresas y derechos humanos

Esta lectura refuerza algunas iniciativas nacionales que ya existen al respecto. Por ejemplo, la *Loi de vigilance* (Francia), e iniciativas de regulación aún en trámite como el *Lieferkettengesetz* (Alemania, Proyecto de Ley sobre Cadenas de Suministro)[4] optan por regular las consecuencias de no adoptar políticas de debida diligencia en las empresas.

De esta forma, leyes como las que recomienda la CIDH para las Américas, para cumplir con el Art. 1.1 y Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y las obligaciones bajo la Carta de la OEA, respectivamente, podrían hacer espejo a tales iniciativas, y facilitar además el comercio con países donde éstas ya existen, al reducir los riesgos de demandas en los países de importación al contar con una regulación similar.

Un segundo punto es la claridad con la que la CIDH destaca que las políticas públicas en materia de empresas y derechos humanos, en particular, los Planes de Nacionales de Acción (PNA), no pueden sustituir los marcos normativos. La CIDH indica que:

> "(…) pese a la consideración positiva de que los Estados aprueben y tengan vigentes PNA en materia de empresas y derechos humanos, el Comité DESC ha manifestado su preocupación sobre la falta de marcos normativos que garanticen el respeto de los derechos humanos por parte de empresas que estén bajo la jurisdicción de un Estado, independientemente de que operen dentro del Estado o que sus actividades se realicen en el extranjero. De esta forma, se reconoce la naturaleza coadyuvante de estas políticas públicas, (…) señalando también que en ningún caso deberá interpretarse como un sustituto de la obligación de adecuación normativa, que es una obligación que deriva directamente de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de los Estados." (párr. 110, notas al pie omitidas).

En este sentido, la elaboración o renovación de los PNA sobre Empresas y Derechos Humanos deberían abarcar preferentemente el cierre de brechas de regulación sobre debida diligencia, y de brechas que aún existan en la regulación sectorial.[5]

Conclusiones

Siendo el informe de la CIDH de índole general (en contraste con el informe sobre Pueblos Indígenas e industrias extractivas del 2015), la CIDH no da recomendaciones específicas divididas por industrias. Esto será una tarea principalmente de los Estados, con la participación efectiva de la ciudadanía y particularmente, las víctimas de violaciones de derechos humanos, de identificar estas brechas y adecuar la legislación interna a lo exigido por la CADH.

De lo contrario, el Estado incumpliría su deber de proteger y además, si consta su conocimiento e inactividad prolongados, haría propio el hecho privado, a causa de su silenciosa acquiescencia. Si bien este punto probablemente generará un debate si el silencio regulatorio se puede equiparar a la

acquiescencia en términos del *Caso de los Rehenes de Teherán* decidido por la Corte Internacional de Justicia en 1980, no hay duda que en tal caso se violaría la obligación de garantizar los derechos humanos, y que el Estado incumpliría su propio deber de debida diligencia. Múltiples sentencias de la Corte IDH confirman este punto, y podremos observar en casos futuros si la Corte hace suyo el argumento de la responsabilidad directa por acquiescencia en la falta de respeto empresarial a los derechos humanos.

---

* Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Chile. Twitter: @JSchonsteiner

[1] Referencias a párrafos en este texto son al informe de la CIDH.

[2] Ver sobre el debate, por ejemplo, Jernej Letnar Černič, Tara Van Ho (eds.), Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights, 2015.

[3] Ver sobre este punto, Schönsteiner 2019.

[4] Markus Krajewski vincula el proyecto de ley alemán con la misma obligación de regular que constata la CIDH, ver https://verfassungsblog.de/voelkerrechtliche-verpflichtung-der-bundesrepublik-zum-erlass-eines-lieferkettengesetzes/.

[5] Ver sobre los PAN en América Latina, por ejemplo, Schönsteiner 2019, Muñoz 2017, Cantú 2017.

View online: La debida diligencia en el nuevo Informe sobre Empresas y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Provided by Afronomicslaw