

TEMAS EMERGENTES

Mecanismo de debida diligencia según los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas y derechos humanos: Elementos para su aplicación en terreno

*Due diligence mechanism according to the United Nations Guiding Principles
for business and human rights: Elements for its on-the-field execution*

Senead Barrera Trabol  y María Francisca González Cantin 

Corporación Amatistas Chile y Pacto Global Chile

RESUMEN Este artículo analiza el mecanismo de debida diligencia según el Pilar 2 de los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas y derechos humanos. Para ello, referimos el campo de empresas y derechos humanos, sus principales antecedentes en los sistemas internacional e interamericano de protección de derechos humanos y el vínculo con la Agenda 2030. Luego, nos referimos al concepto de debida diligencia en derecho internacional de los derechos humanos, identificando las precisiones, diferencias y convergencias cuando se utiliza respecto de las obligaciones de los Estados, y cuando se utiliza en el Pilar 2. A continuación, referimos elementos teóricos para comprender el mecanismo de gestión de impactos negativos en los derechos humanos, elementos prácticos y dificultades para aplicarlo en terreno. En las conclusiones exponemos aquellos elementos críticos que obstaculizan la aplicación efectiva conforme al Pilar 2 que deben hacer las empresas de este mecanismo.

PALABRAS CLAVE Empresa y derechos humanos, conducta empresarial responsable, debida diligencia, aplicación.

ABSTRACT This article analyzes the due diligence mechanism according to the Pillar II of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights. For this we refer to the field of business & human rights, its main background in the Universal and Inter-American Systems of Human Rights Protection and the link between the 2030 Agenda. Then, we refer to the concept of due diligence in international human rights law, identifying confluences, divergences, and accuracies when it is used refer to State's obligations and when it is used refer to Pillar II. Hereunder, we refer the theoretical elements to comprehend the management mechanism of negative impacts on human

rights, practical elements, and difficulties for its on-the-field execution. In the conclusions, we expose those critical elements that interfere with the effective execution that business must do of this mechanism according to Pillar II.

KEYWORDS Business & human rights, responsible business conduct, due diligence, execution.

Introducción

En este artículo, abordaremos el mecanismo de debida diligencia según los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas y derechos humanos.

En la primera parte nos referiremos el campo de empresas y derechos humanos, sus principales antecedentes en los sistemas internacional e interamericano de protección de derechos humanos, principalmente enmarcado dentro del derecho humano al desarrollo y los conceptos de desarrollo sostenible y la herramienta de política pública global que asiste en su operacionalización: la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

A continuación, nos referiremos al concepto de debida diligencia en derecho internacional de los derechos humanos, identificando las precisiones que deben hacerse respecto de las diferencias y convergencias cuando se utiliza este concepto respecto de las obligaciones de los Estados, y cuando se utiliza respecto de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Lo anterior, sin perjuicio de los puntos de conexión que existen entre esos ámbitos al referirse al concepto, dado que no es exactamente equivalente.

Luego, expondremos elementos teóricos que permitirán la comprensión de aquellos elementos prácticos sugeridos para la ejecución en terreno de este proceso, que deben implementar las empresas para demostrar que cumplen con el estándar de conducta empresarial responsable. Asimismo, identificaremos las principales dificultades de cómo se está implementando en la práctica la debida diligencia empresarial, precisando aquellas concepciones que podrían entrar en contradicción con los parámetros que los Principios Rectores recomiendan en la aplicación de este mecanismo de gestión empresarial, para abordar los impactos adversos en los derechos humanos generados u ocasionados por las empresas.

Finalizaremos con las conclusiones, las que planteamos como elementos críticos que obstaculizan una aplicación efectiva de este mecanismo de gestión empresarial, como lo requieren los Principios Rectores.

El campo de derechos humanos y empresa

El campo de derechos humanos y empresa ha tenido un profuso desarrollo desde el año 2011. Tan profuso que, dentro del Sistema Internacional de Derechos Humanos, actualmente se discute un tratado que pretende establecer obligaciones vinculantes en la materia.¹

Esta mayor actividad se marcó ese año debido a la adopción de los Principios Rectores de Naciones Unidas para las Empresas y Derechos Humanos, pero lo cierto es que como campo tiene antecedentes que datan de fines de la década de los setenta (Cantú, 2017a: 40) y que involucraron desafíos tan diversos como amplios asociados al desarrollo y su interacción con el derecho internacional de los derechos humanos.² Ciertamente, estos primeros antecedentes tienen un aspecto que se vincula a la conceptualización del derecho al desarrollo como un derecho humano. Referiremos a continuación en qué medida.

Existen tensiones derivadas de modelos de desarrollo que los Estados adoptan en el mundo y, en particular, en América Latina. A nivel mundial, la humanidad se enfrenta al desafío del cambio climático, y la creciente probabilidad de «impactos graves, generalizados e irreversibles para las personas, las especies y los ecosistemas» (Redesca, 2019: 123) vinculados a la acción humana, que incide en causar este efecto. Se asocia principalmente a actividades de uso de combustibles fósiles, actividades extractivistas, de explotación o deforestación que comprometen la vida y disfrute de derechos de las generaciones futuras, que generan un impacto real actual y potencial de dimensiones desproporcionadas, lo que contribuye a reforzar discriminaciones y vulneraciones sistemáticas de diferentes grupos humanos en el reconocimiento y disfrute de sus derechos (Redesca, 2019: 124).

Estas tensiones han sido conocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la adopción de medidas cautelares a favor de los defensores de derechos humanos, afectados por la actividad empresarial en el marco de proyectos vinculados a la industria extractiva. El modelo de desarrollo extractivista presente en América Latina se ha reforzado con el aumento de 400% de la inversión asociada a este tipo de proyectos. Pero la pregunta clave permanece sin respuesta: ¿es posible armonizar el desarrollo económico con los derechos humanos? (Galvis y Salazar, 2013: 198).

Existen esfuerzos que buscan responder la pregunta sobre la armonía clarificando el marco teórico. Así, acotado al campo de empresa y derechos humanos,

1. Para más información sobre el proceso del tratado en curso, véase «Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights», Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, disponible en <https://bit.ly/3JJoawz>.

2. Para más antecedentes sobre este proceso de desarrollo y discusión véase también, por ejemplo, López (2017), Letnar (2017) y Fortín (2008).

recientemente la Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales Culturales y Medioambientales (Redesca) publicó un estudio sobre los estándares interamericanos y derechos humanos, en el que, junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), destacan:

El derecho humano al desarrollo, reconocido en 1986 mediante una Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, también juega un rol trascendental en estos contextos. No es posible soslayar la protección del medio ambiente en las iniciativas del desarrollo que se presenten, ya que, en virtud de este derecho, los Estados deben crear condiciones para la realización plena de los derechos humanos en su conjunto, así como garantizar un proceso participativo dirigido a ampliar las posibilidades y libertades de las personas y pueblos para aumentar su bienestar y calidad de vida de manera sostenible y sin discriminación alguna [...], si los planes, políticas, proyectos o normas relativas al desarrollo económico y social de un país no incluyen la protección del medio ambiente, o lo incluyen de manera deficiente, sin las consecuentes responsabilidades jurídicas de las empresas como actores claves en estos procesos, el derecho al desarrollo se verá seriamente limitado. De allí que para la CIDH y su Redesca, todo marco de crecimiento económico o programa de desarrollo deba asegurar la materialización de los derechos humanos en su ejercicio conjunto e interdependiente, que permita visibilizar su influencia recíproca, así como los determinantes para su realización (Redesca, 2019: 130).

Otro punto destacado también por la Redesca es el carácter transfronterizo de los principales desafíos globales en materias de desarrollo y vinculados a los derechos humanos, así como en materias de cambio climático, corrupción, políticas fiscales, tecnologías de la información, el crédito o el financiamiento y los tratados de libre comercio. Esto obliga a que los desafíos, los problemas y sus soluciones deban ser abordados por los Estados de forma cooperativa, e inclusive considerando soluciones extraterritoriales (Redesca, 2019: 93).

En línea con lo anterior, la Agenda 2030 y los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible constituyen un instrumento de política pública o plan de acción de carácter global, acordado por resolución en la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015.

Este instrumento también identifica el derecho humano al desarrollo refiriendo como marco conceptual la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la Carta de Naciones Unidas (A/70/L.1, párr. 10). En su preámbulo, la resolución de la Agenda 2030 indica que busca lograr convertir en realidad los derechos humanos de todas las personas, la igualdad de género y el empoderamiento de mujeres y niñas. Para ello, cada ODS tiene metas específicas que conjugan las dimensiones económica, social y medioambiental del desarrollo sostenible. En este marco, los tratados internacionales de derechos humanos son las normas interpretativas y orientadoras de las actividades y desafíos del desarrollo, que fijan un estándar de no llevar a cabo o emprender nada que sea contrario a la dignidad humana, en que la libertad y la igualdad pasan a ser

parte de los principios fundamentales. La Agenda 2030 declara que su núcleo es la persona humana y su dignidad (A/70/L.1, párrs. 18 y 19).

Si bien la Agenda alude al derecho internacional de los derechos humanos, ésta no se encuentra precisamente en completa equivalencia con los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, y en ella existen algunas brechas e inconsistencias, las que inclusive pueden ser implícitas, y que deben resolverse a partir de un enfoque de derechos. Un ejemplo de lo primero se identifica en materia de salud y derechos sexuales respecto de metas como la 5.6 (asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales de sus conferencias de examen), mientras que la meta 6.2 (de aquí a 2030, lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones de vulnerabilidad) no aborda de manera consistente el riesgo de criminalización, estigmatización o exclusiones de las personas más pobres, e incluso pueden afectar ciertas expresiones o tradiciones culturales. Así, al momento de hacer una evaluación del cumplimiento de las metas e indicadores de la Agenda, debe ser sometida al estándar de los derechos humanos. También se considera este enfoque para medir el nivel de avance en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados a la hora de considerar que efectivamente avanza en el cumplimiento de las metas del desarrollo sostenible.³

Lo anterior hace del campo de empresas y derechos humanos uno de los más multifacéticos en la disciplina jurídica. Debido a este carácter, hay una exigencia de pensamiento sistémico en su abordaje, que necesariamente involucre a otras disciplinas del conocimiento y la investigación. Asimismo, las problemáticas de las que se ocupa incluyen a diversos actores (titulares de derecho y titulares de obligaciones), en las que puede adoptarse la perspectiva de cada actor o bien identificando las interacciones que éstos tienen entre sí.

Tomando en consideración el peso específico que tiene el sector privado empresarial en los desafíos y tareas para alcanzar el desarrollo sostenible armonizado con los derechos humanos, la resolución de la Agenda 2030 se refiere al rol de las empresas en las tareas del desarrollo, exhortándolas a que «aprovechen su creatividad e innovación para resolver los problemas relacionados con el desarrollo sostenible» (A/70/L.1, párr. 67). Alude explícitamente a la iniciativa de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

3. «Transforming our world: Human rights in the 2030 Agenda for Sustainable Development», Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pp. 1-2, disponible en <https://bit.ly/3qySz4f>.

La estructura de los Principios Rectores tiene tres pilares: Pilar 1, correspondiente a la obligación del Estado de proteger; Pilar 2, correspondiente a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos; y Pilar 3, referido al acceso a mecanismos de reparación como eje transversal.

Importa señalar que los tres pilares se encuentran interrelacionados de manera dinámica. Esto ha sido apuntado por diversos autores, que se han referido sobre todo a las obligaciones de los Estados en la materia, contenidas en el Pilar 1 (Schönsteiner, 2016: 11), en el que el elemento del control del Estado sobre las actividades empresariales es relevante por eventuales responsabilidades estatales en derecho internacional de los derechos humanos (Carrillo, 2008: 1).

Sin embargo, nos referiremos en particular al Pilar 2, que fija una expectativa de respeto de las empresas a los derechos humanos. Para llevarla a cabo, el Pilar 17 indica que las empresas deben adoptar una conducta de *debida diligencia*, la que describe como un *proceso continuo* que debe cumplir con ciertos parámetros básicos, a saber, una evaluación e identificación del impacto real y potencial en los derechos humanos, la integración de esos resultados y conclusiones a la estructura y políticas de la empresa, el diseño de respuestas y actuaciones, el seguimiento y control de ellas, y la comunicación sobre la manera en que se están gestionando los impactos o consecuencias negativas (Naciones Unidas, 2011: 20-22).

En la actualidad existe una ofensiva regulatoria en el mundo en esta materia.⁴ Asimismo, frente a la necesidad de brindar más cuerpo a este mecanismo de gestión de riesgos relacionados a los derechos humanos, existe un profuso desarrollo de guías y herramientas⁵ para aplicar en la gestión empresarial este estándar de conducta, a través del proceso de debida diligencia.⁶

4. Nos referimos, por ejemplo, a la recientemente publicada Ley de Deber de Vigilancia francesa, que establece la obligación de abordar los impactos adversos en derechos humanos y el medio ambiente, derivadas de la actividad y operación empresariales sobre las que tienen control, o sobre aquéllas derivadas por sus relaciones con proveedores o contratistas de su cadena de suministro, debiendo evaluar y gestionar esos riesgos de impacto. Véase «French Corporate Duty of Vigilance Law: Frequently asked questions», European Coalition for Corporate Justice, disponible en <https://bit.ly/36KA1GI>.

5. Nos referimos, por ejemplo, a la «Guía de la debida diligencia para una conducta empresarial responsable» de la OCDE, que se basa en la incorporación de las líneas directrices para empresas multinacionales que en 2011 agregaron el capítulo sobre derechos humanos (OCDE, 2018). Asimismo, la OCDE tiene una serie de guías sectoriales por industria, que especifican el abordaje de riesgos en derechos humanos asociados a ese tipo específico de actividades.

6. Otras regulaciones relevantes en esta temática son la Dodd-Frank Act y su sección 1.502, que desde 2018 obliga a empresas de la industria minera listadas a llevar a cabo una revisión de debida diligencia en sus cadenas de suministro y a publicar dicha revisión, a modo de demostrar que no están financiando a grupos armados o abusos a los derechos humanos: «US Conflict Minerals Law», Global Witness, 15 de noviembre de 2017, disponible en <https://bit.ly/3mGiPrb>. En el Reino Unido, desde 2015 se encuentra vigente la Modern Slavery Act: «Modern Slavery Act», Legislation.co.uk, disponible en <https://bit>.

Del mismo modo, se ha observado un creciente interés —incluso activismo— del mundo inversionista para que las empresas apliquen este proceso como parte de un buen gobierno corporativo,⁷ lo que generaría incentivos económicos para que las empresas inicien procesos de debida diligencia. Este activismo podría ser un avance, por mayores esfuerzos son requeridos. Además, no pueden obviarse las evidentes contradicciones entre las declaraciones de compromiso y las acciones para gestionar los derechos humanos.⁸

En cualquier caso, el conocimiento del proceso de debida diligencia podría también ser útil para dotar de herramientas de argumentación a los defensores de derechos humanos, las comunidades o las organizaciones no gubernamentales que las asisten.⁹ Por el lado de lo que compete a las empresas, éstas debieran tener un actuar coherente con los compromisos que declaran asumir con el desarrollo sostenible, rindiendo cuentas de sus impactos adversos. La sostenibilidad de los sistemas políticos de las democracias liberales se lo están exigiendo a las empresas, que deben

abandonar de forma definitiva todos los recelos de sentarse a la mesa con quien piensa diferente, con quien critica y exige más, con quien sea un vector de intereses distintos, incluso opuestos. La vida democrática exige ese tipo de convivencia pluralista. Ese ejercicio directo y frontal de contradicción es más lento y laborioso. Sin embargo, cuando no existe un diálogo transparente entre las partes, lo que se estaría buscando construir serían avances en los derechos humanos sin la participación democrática de todos los actores involucrados. Ello es, evidentemente, un imposible filosófico (Vannuchi, 2017: 23).

[ly/2JVAEnt](#). También en Australia, desde 2018, se encuentra vigente la Modern Slavery Act: «Modern Slavery Act», Federal Register of Legislation, disponible en <https://bit.ly/3gcjuid>.

7. Véase, por ejemplo, «About the Investor Alliance for Human Rights», Investor Alliance for Human Rights, disponible en <https://bit.ly/2JVRh2I>.

8. Nos referimos, por ejemplo, a la polémica en Davos del World Economic Forum, en el que los bancos fueron emplazados a dejar de invertir en industrias a carbón contaminantes: Julia Horowitz, «Top US bankers don't want to lead the climate fight», CNN, 22 de enero de 2020, disponible en <https://cnn.it/3gckfHB>. Asimismo, también nos referimos a los poco satisfactorios resultados de estudios que analizan el compromiso efectivo con los derechos humanos, su operativización y la comunicación pública que hacen las empresas (CHRB, 2019; Pacto Global Chile, 2018).

9. Interesa, por ejemplo, el acceso de estos actores para presentar quejas ante el Punto Nacional de Contacto (PNC) de la OCDE. El acceso a este mecanismo de mediación puede elevar el propio estándar de estas instituciones, el que no ha estado exento de críticas por organizaciones de la sociedad civil. A este último respecto, véase el informe *Remedy remains rare* (Daniel y otros, 2015). O difundir de la existencia de otros mecanismos de queja denuncia o *compliance* (Zagelmeyer, Bianchi y Shemberg, 2018), por ejemplo, al respecto de los bancos internacionales de inversión (Banco Mundial y su IFC, Banco Europeo, etcétera). Estos mecanismos son bastante anteriores a los Principios Rectores, pero han efectuado reformas que los referencian.

El concepto de debida diligencia

La debida diligencia es un concepto clave dentro del campo de empresa y derechos humanos, y cuya delimitación es necesaria para abordar el objeto de este artículo.

Algunos autores han señalado que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos guarda coherencia con la lógica del derecho internacional y que en la actualidad el discurso al respecto del Pilar 2 y su carácter de obligación y responsabilidad no recibe hoy¹⁰ un mayor cuestionamiento, en virtud del artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Schönsteiner, 2016: 130).

Lo anterior se ha instalado a nivel teórico en este campo, en lugar de considerar que el hacer efectivo ese respeto, a través de la debida diligencia, *conviene* a las empresas, en el sentido de ser económicamente beneficioso. De este modo, el debate actual se encuentra en la implementación del estándar de conducta para respetar, que son los *mecanismos de gestión* para ello (Schönsteiner, 2016: 129).

Antes de profundizar en esos mecanismos de gestión, y los elementos prácticos para su aplicación en terreno, queremos situar teóricamente el concepto de debida diligencia identificando los puntos en común y los divergentes cuando se utiliza en referencia a obligaciones de los Estados y cuando se utiliza respecto de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos considerando el marco que otorgan los Principios Rectores. A este respecto, Cantú (2017b: 423) precisa:

En el derecho internacional, el deber de tomar medidas de debida diligencia para prevenir daños ha existido durante décadas, lo cual ha ayudado a fomentar el desarrollo de un comportamiento responsable por parte de los Estados, que va más allá de los meros resultados de una acción para incidir en su procedimiento. Por ello, las obligaciones de medios existen para garantizar que los sujetos del derecho internacional hagan todo lo que esté a su alcance para prevenir daño a otros (o por ellos).

Luego, en el marco específico del derecho internacional de los derechos humanos, el deber de diligencia se impone tradicionalmente para que el Estado adecúe su comportamiento a cumplir con la norma, también asegurando que ésta sea respetada en su jurisdicción o su territorio por agentes y por actores no estatales. Se alude a la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del contenido de este concepto, vinculado a proyectos de desarrollo y sus impactos en el derecho de pueblos originarios (Cantú, 2017b: 423).

En efecto, existe más estudio sobre el concepto de la debida diligencia vinculado a las obligaciones de los Estados en la materia, sobre todo en el ámbito interamericano. Lo anterior se debe en parte a la falta de competencia directa que la Corte Interamericana tiene en los actores privados (Redesca, 2019: 95). No obstante, esto no quita

10. Para revisión de las polémicas que precedieron el estado actual, ver Cantú (2017a: 40-47).

que exista un desarrollo de la vinculación de la debida diligencia empresarial, o una necesidad de hacerlo, pero asociada a las obligaciones de debida diligencia que tienen los Estados.

A este último respecto, los estándares interamericanos nos clarifican que la conducta de las empresas puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado directamente. Esto, si existe algún grado de control o complicidad, por ejemplo, en una vinculación con dichas conductas activas u omisivas por parte de personeros o agentes del Estado que implique *aquiescencia* o *colaboración*. Los elementos de esta aquiescencia o colaboración para generar responsabilidad del Estado implican consentimiento en el actuar de la empresa, manifestado en la inacción deliberada, o por la propia acción del Estado al haber generado las condiciones que permiten que la conducta que vulnera el derecho humano se ejecute por la empresa; esto manifestado no como contexto general, sino específicamente en las circunstancias en que ocurre la vulneración al derecho (Redesca, 2019: 16).

La Redesca llama la atención en la necesidad de que esta doctrina sea profundizada teóricamente, para delimitar la responsabilidad directa que le cabe al Estado:

Por la asistencia que éste presta, sea mediante acciones u omisiones, en este caso a empresas, en situaciones que impliquen violaciones a los derechos humanos [...] analizar, por ejemplo, las situaciones de estrecha contención o el nivel de amparo, protección, coordinación, permisibilidad, tolerancia, inacción o auspicio que las empresas transgresoras poseen por parte de los aparatos gubernamentales en el marco de los abusos cometidos (Redesca, 2019: 50).

Schönsteiner y otros otorgan más elementos sobre la debida diligencia de los Estados en esta materia, asociado al efecto horizontal de los derechos humanos correspondiente a regular, fiscalizar y proveer acceso eficaz a la justicia y reparación para aquellos individuos afectados por las actividades entre privados y, por supuesto, las generadas por actividades empresariales. También hace mención de que la inactividad del Estado o la referida doctrina de complicidad o aquiescencia puede derivar en violaciones a derechos humanos atribuibles a los Estados (Schönsteiner, 2016: 132). Destaca, además, la faceta preventiva del estándar de debida diligencia respecto de las obligaciones estatales, la faceta de brindar reparación efectiva y cómo ésta se vincula o se extiende a la debida diligencia de la empresa:

Su obligación tiene una faceta preventiva —muchas veces subestimada— y una reparatoria, en el caso de que, a pesar de haber cumplido con los requisitos de la debida diligencia, un privado transgredió los derechos de los demás. Esta lógica ha sido desarrollada con consistencia y sin mayores divergencias por parte de la Corte Interamericana y los órganos de supervisión de los tratados de la ONU. *Extender esta lógica a la regulación de actores económicos no ha sido una sorpresa, y de hecho se ha desarrollado sin mayor oposición doctrinaria.* La única excepción ha sido el

derecho penal y la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Schönsteiner, 2016:132; el destacado es nuestro).¹¹

Otro elemento que se puntualiza respecto de la obligación de los Estados es que

la CIDH y su Redesca también reconocen que, al interpretar el contenido y alcance de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos interamericanos en la materia junto a las respectivas obligaciones de los Estados, se pueden desprender efectos jurídicos correlativos que vinculan a las empresas en este ámbito. Asimismo, la CIDH y su Redesca entienden que para cumplir de manera integral con la promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos en la práctica, y en particular para estimular la conciencia de éstos en los pueblos del continente americano, como parte de una de sus funciones principales recogida en el artículo 41.a de la CADH, vista en conjunto con los artículos 106 de la Carta de la OEA y su Estatuto y Reglamento, *no es posible soslayar aquellas amenazas o violaciones al disfrute de los derechos humanos en el marco de actividades empresariales al momento de analizar las conductas estatales correspondientes* (Redesca, 2019: 95; el destacado es nuestro).

De los elementos expuestos, aparece con claridad que, al aludir a la debida diligencia respecto de las obligaciones del Estado —y cuando nos referimos a ella respecto de la responsabilidad de las empresas—, existen evidentes interrelaciones. Sin embargo —acordamos con Cantú—, no son conceptos idénticos o exactamente equivalentes, aunque la jurisprudencia de la Corte Interamericana sí ha desarrollado elementos para cohesionar el estándar de conducta de debida diligencia, ya sea para cuando se alude a obligaciones del Estado o cuando se alude a la responsabilidad de respetar de las empresas (Cantú, 2017b: 424).

En la misma línea, coincidimos con la afirmación anterior de Schönsteiner,¹² sobre todo al examinar los Principios Rectores y el Pilar 2. La técnica utilizada fue extender la lógica de regulación de la debida diligencia de las obligaciones estatales, a la expectativa de conducta esperada de las empresas en la mayor extensión posible, comprendiendo que tienen un carácter no vinculante o *soft law*, y declaran no establecer obligaciones jurídicas al sector privado. Dicho esto, a continuación, nos dedicaremos a comprender la debida diligencia como mecanismo de gestión en la operación empresarial, en el marco de la expectativa del Pilar 2.

La responsabilidad de respetar consiste en que las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos a través de sus operaciones, proyectos o actividades. La abstención implica la no realización de cualquier acción u omisión que tenga este efecto de infringir y que significa o genera un impacto negativo —real o potencial—

11. Volveremos a referirnos en este artículo a la oración con énfasis añadido.

12. A la que añadimos énfasis, véase la nota 11.

a los derechos humanos de un individuo (Naciones Unidas, 2011: 15).¹³ Para que las empresas puedan cumplir con esta responsabilidad, los Principios Rectores establecieron una metodología que expone su conexión con el concepto de debida diligencia asociado a las obligaciones estatales:

Tomando el concepto de debida diligencia del derecho corporativo [...] Como señala Martín Ortega, la debida diligencia se ha utilizado tradicionalmente en el ámbito de la gobernanza corporativa como una herramienta para determinar el riesgo empresarial, mientras que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos ha sido empleada como un estándar para medir el nivel de cumplimiento de las obligaciones internacionales de los derechos humanos por parte del Estado cuando tratan la conducta de actores no estatales. Además de este proceso de debida diligencia en derechos humanos, Ruggie incluyó en el Principio Rector 15 la recomendación de desarrollar una política empresarial de respeto, así como procesos internos para otorgar reparación por cualquier impacto adverso en los derechos humanos a los que las empresas contribuyan. De esta forma, la responsabilidad de respetar no sólo es negativa, sino que incluye medidas positivas de debida diligencia para las empresas (Cantú, 2017b: 429).

Los elementos centrales de este mecanismo de gestión de los derechos humanos denominado *debida diligencia* son identificar, prevenir, mitigar y rendir cuenta de los impactos adversos actuales o potenciales que la empresa genera a través de sus actividades, incluyendo su cadena de suministro y sus relaciones comerciales. Además, debe entender todo el proceso como uno de carácter continuo o cíclico, que debe ser comunicado a la sociedad en general y —principalmente y de forma participativa— a las partes interesadas o *stakeholders*, así como a los titulares de derechos impactados (Cantú, 2017b: 429-431).

El objetivo es establecer en la empresa, a través de este mecanismo y sus procesos o subprocesos, una cultura empresarial de respeto a los derechos humanos. La intención de los Principios Rectores respecto de este mecanismo de gestión es que aquellos impactos adversos identificados por las empresas sean abordados en clave o en el marco de la gestión de riesgos,¹⁴ que es un concepto conocido por ellas y en

13. El comentario al Principio Rector 11 señala que, en cuanto a la acción, se trata de una responsabilidad adicional al cumplimiento de leyes y normas nacionales; además, menciona las principales medidas para hacer frente a las consecuencias negativas que generen. En lo que respecta a la omisión, alude a que el incumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos —hacer frente a las consecuencias negativas o impactos adversos en el desempeño de sus actividades— no puede ser objeto de compensaciones por los beneficios que genere (Naciones Unidas, 2011: 15). No son «canjeables» por los beneficios a los derechos humanos que un proyecto o actividad genere, si la empresa omite hacerse cargo de aquellos impactos negativos. A este último respecto, véase también, sobre la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos y su guía interpretativa, Naciones Unidas (2012: 17-18).

14. Para el caso chileno en el ámbito de derecho comercial o mercantil, el examen de riesgos en ám-

el que existe un desarrollo propio del ámbito empresarial (Cantú, 2017b: 431). Cantú nos señala que esta intencionalidad no es casual, sino que consideró el contexto que antecedió a los Principios Rectores de un clima antagonizado (Cantú, 2017a: 40-47), y en que no existía ningún indicio de cultura empresarial de respeto a los derechos humanos (Cantú, 2017b: 431).

De este modo, las principales *críticas* e incluso dificultades para una implementación coherente con los derechos humanos del mecanismo de debida diligencia son:¹⁵

i) La aparente confusión de ámbitos jurídicos (comercial o mercantil y gobierno corporativo¹⁶ frente al derecho internacional de derecho humanos) respecto de la debida diligencia. De llevar a efecto evaluaciones de impactos adversos en esta materia, ciertamente se presentarán dificultades y brechas que atender, tanto para personeros o profesionales del mundo empresarial, como para expertos en derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior, bajo el contexto de ser este mecanismo una práctica de desarrollo aún muy reciente y en la cual recién desde 2011 se han comenzado a precisar algunos lineamientos (Cantú, 2017b: 430).

ii) La falta de un mecanismo internacional que exija o controle la implementación del proceso de debida diligencia. Sobre este punto, es relevante mencionar que tanto la Redesca y autores como Schönsteiner, en diversos artículos sobre la materia, han relevado la necesidad de que los Estados establezcan en los ordenamientos jurídicos nacionales regulación legal o administrativa que haga exigible u obligatoria la debida diligencia como mecanismo de gestión (Redesca, 2019: 213; Schönsteiner, 2016: 170-171). A este respecto, Cantú también señala que sería una mejor alternativa comenzar por regular en los ordenamientos nacionales, antes que una normativa internacional, debido a los antagonismos pasados y las limitaciones financieras en este campo, sobre todo si se busca o se asocia la voz *reparación* a la habilitación de vías y decisiones judiciales (Cantú, 2017b: 434).

iii) Un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el campo de empresa y derechos humanos. En la actualidad hay un tratado en proceso de discusión en el Sistema Internacional de Derechos Humanos, cuyo detalle en sus discusiones

bitos legales y asociados a diferentes regulaciones sectoriales (estructura societaria, laboral, medioambiental, minería, aguas, etcétera) se trata en los procesos de *due diligence* que se llevan usualmente en materia de compras, fusiones y adquisiciones entre empresas o estructuras societarias (procesos M&A, por sus siglas en inglés). Para elementos prácticos sobre este tipo de procesos, véase Bahamóndez (2002) y para una introducción sobre la teoría de riesgos en la empresa y su vínculo con los derechos humanos, véase Alzari (2016: 20-38).

15. Cantú menciona estas críticas a los Principios Rectores y la debida diligencia, pero también nos parece que son las principales dificultades que impiden una aplicación efectiva en la instalación de una cultura de respeto de los derechos humanos.

16. Por ejemplo, prácticas como el *compliance* corporativo y sus últimos desarrollos respecto de una cultura ética.

excede el objeto de este artículo.¹⁷ Reconociendo la necesidad de regulación vinculante, atendidos los desafíos del desarrollo sostenible y los derechos humanos, sí nos interesa destacar las preguntas que al respecto hace Cantú. En primer lugar, se pregunta si el sistema internacional se encuentra preparado para vigilar la conducta de las empresas —atendiendo los puntos precedentes—; luego, se pregunta sobre la viabilidad de disponer de logística y financiamiento para brindar recursos financieros y humanos necesarios para su implementación, considerando la crisis financiera en Naciones Unidas (Cantú, 2017b: 433), la que seguramente se ha acrecentado considerando el contexto de crisis económica y social mundial después del covid-19.

Entonces, en su punto crítico, la debida diligencia es diferente dependiendo de si hablamos de los Principios Rectores y su Pilar 1 o su Pilar 2. Al respecto, se afirma:

En la comunidad empresarial la debida diligencia se refiere a un conjunto de procesos voluntarios utilizados para administrar los riesgos para sus negocios, mientras que en el ámbito legal se refiere a un estándar jurídico de conducta existente tanto en el derecho internacional como del interno (Cantú, 2017b: 435).

En cuanto a las *similitudes o puntos de convergencia*, se puntualizan los siguientes, de alguna forma ya visibilizados en secciones precedentes:

i) Hay un grado de similitud entre la debida diligencia ejercida por el Estado y la implementada como evaluación de riesgos en las empresas. En concreto, respecto de la prevención, para llevarla a efecto, se requiere la ejecución de medidas positivas para prevenir la ocurrencia de un daño: «El Estado [...] debe ejercer la debida diligencia para prevenir las violaciones a derechos humanos en su jurisdicción [...] lo que le impone un doble requisito enfocado específicamente en la prevención, pero que también da origen a un deber de reparación si esta no es exitosa» (Cantú, 2017b: 435).

La debida diligencia como mecanismo de gestión continua incluye también un deber de cuidado que puede generar obligaciones jurídicas. Las empresas *deben demostrar* que su operación no genera impactos adversos o consecuencias negativas en los derechos humanos de individuos también de forma preventiva; en el caso en que el impacto no puede prevenirse, debe mitigarse y eventualmente reparar cualquier daño causado (Cantú, 2017b: 435).

Así, atendiendo lo precedente, «el contenido de la debida diligencia es similar para el Estado y para las empresas en vista de que se basa en una expectativa de que ambos entes desarrollarán sus deberes con suficiente cuidado para evitar una violación de una obligación o responsabilidad» (Cantú, 2017b: 435).

17. Para más información sobre el proceso del tratado en curso, véase «Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights», Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, disponible en <https://bit.ly/3JJoawz>.

ii) En la práctica, ambos actores deben desarrollar la debida diligencia para identificar los riesgos reales o potenciales y actuar para prevenirlos. La voz «práctica» alude explícitamente al desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana en la materia y la obligación de llevar a cabo evaluaciones de impacto ambientales o sociales de proyectos de la industria extractiva. Las empresas también deben efectuar evaluaciones de impacto para poder acceder a la obtención de licencias y permisos para operar o ejecutar el proyecto. Esta experiencia en evaluaciones de este tipo de riesgos o impactos no son exactamente equivalentes a la evaluación de impactos en los derechos humanos, pero sí pueden ser una ventaja para la adaptación de los estándares según los Principios Rectores de ambos actores (Cantú, 2017b: 436), sobre todo si se adecúa bien a los estándares internacionales de derechos humanos.

En lo que respecta a las empresas, se reitera que el mecanismo de debida diligencia en derechos humanos es una práctica reciente y emergente, que aún no tiene estándares generales, ni ha generado una experiencia común que pueda servir como un referente uniforme (Cantú, 2017b: 436). De modo que, en la sección siguiente, pretendemos contribuir al desarrollo y aplicación de este mecanismo incipiente.

Mecanismo de gestión de debida diligencia: Elementos prácticos

Durante el año 2019, el equipo de gestión de proyectos de la red Pacto Global Chile diseñó una serie de talleres, llamada «Ciclo de talleres de debida diligencia, para una conducta empresarial responsable», durante un periodo de cinco meses. En su diseño se incluyeron las mayores dificultades expresadas *in situ* por las empresas.

El equipo multidisciplinario asumió la tarea con el objeto de responder al requerimiento de las empresas de llevar a la práctica el mecanismo de gestión de la debida diligencia en derechos humanos. Lo anterior, en el marco de las dificultades de una práctica emergente y sus puntos críticos para hacerla efectiva, ya señalados en este artículo.

Se utilizaron como fuentes de investigación secundaria una diversidad de instrumentos, guías e informes de instituciones que trabajan la temática a nivel internacional, para aplicar en terreno la operacionalización de los derechos humanos dentro de la empresa, o bien, perfeccionar elementos de la gestión de los derechos humanos en la operación empresarial.¹⁸ En cuanto a la metodología, se facilitó el contenido a través de ejercicios y técnicas participativas, así como casos prácticos reales.

El primer taller trató sobre el carácter del compromiso y la adopción de una declaración y una política de compromiso con el respeto a los derechos humanos, además del mecanismo sugerido para su implementación.¹⁹ Los siguientes talleres ahondaron

18. Los principales documentos e instrumentos se referencian a lo largo de esta sección del artículo.

19. El contenido también se vinculó a la ofensiva regulatoria ya señalada en este texto, así como la

en las fases del denominado «ciclo de la debida diligencia», al que nos referiremos en los siguientes párrafos. Luego, destacaremos los elementos prácticos más críticos o difíciles para aplicación en terreno de cada una de las fases de este mecanismo.

Fase de identificación y evaluación de impactos

Esta fase consiste en dos tipos de ejercicios que las empresas pueden llevar a cabo. Ambos implican una revisión de antecedentes, un ejercicio exploratorio, un levantamiento de información y su evaluación con perspectiva de derechos humanos (OCDE, 2018: 25).

Puede ser de *carácter amplio*, lo que exige que se examinen todas las áreas de la operación empresarial con el objeto de identificar factores de riesgo, considerando además factores sectoriales propios del tipo de industria, geográficos o de producto. O bien, puede ser de *carácter específico*, lo que implica evaluaciones periódicas y sucesivas, con prioridad a aquellas áreas, tipo de proyecto o actividades en las que se identificaron riesgos prioritarios. Son reevaluaciones del proceso más amplio.

Para ejecutar esta fase, deben asignarse plazos para planificar el proceso y sus sucesivas etapas, al tiempo que se hace el primer ejercicio exploratorio de lo existente en la empresa. Debe definirse con claridad al equipo evaluador y confeccionar los términos de referencia, es decir, se deben establecer los parámetros de la evaluación, pudiendo ser como mínimo el tipo de empresa, proyecto, industria o negocio y sus actividades; el contexto de derechos humanos (la zona geográfica en que se emplaza la empresa), y los grupos de interés, también conocidos como *stakeholders*.

Debe profundizarse la comprensión de áreas claves identificadas, por medio de un trabajo en terreno que incluya la participación de los *stakeholders*. Para ellos debe confeccionarse una *línea base*, que es la descripción del disfrute de los derechos humanos en la práctica, así como la descripción de los *right-holders*, o titulares de derechos, de forma detallada. Se basa en una reunión focalizada de la información y datos levantados en los ámbitos medioambientales, socioeconómicos, políticos y otros que fueren relevantes para comprender el estado actual del disfrute de los derechos humanos (Götzamann y otros, 2016: 51-52).

Esto implica que deben seleccionarse o diseñarse los *indicadores* de derechos humanos que se utilizarán en esta recopilación de datos. Los indicadores son información específica, cualitativa o cuantitativa sobre un estado, condición de un objeto, evento, actividad o resultado que puede estar relacionado o es relacionable con nor-

mención de casos con repercusiones en empresas chilenas. Por ejemplo, en cuanto al requerimiento del British Retail Consortium a productores de palta chilenos y la afectación del derecho humano al agua en Petorca, véase Alice Facchini y Sandra Laville, «Chilean villagers claim British appetite for avocados is draining region dry», *The Guardian*, 17 de mayo de 2018, disponible en <https://bit.ly/3ggvobI>.

mas y estándares internacionalmente reconocidos de derechos humanos. Se pueden utilizar para medir impactos cuya información se recopila, para describir situaciones de forma preventiva o temprana, o para compararlas. Además, asisten en la tarea de medir los cambios que hayan ocurrido efectivamente en un período (Götzamann y otros, 2016: 3-5).

Respecto de las fuentes de información y datos que se utilicen, las empresas deben ampliar su perspectiva, pues también serán relevantes para el diseño de indicadores. Deben tomar en cuenta en especial la información que provenga de los titulares de derechos, que permitirá describir y comprender con mayor detalle el impacto, los eventos que están ligados a la manifestación de un impacto adverso, o que generan condiciones para que se produzcan en un futuro; por ejemplo, dentro de los canales de denuncia o *hotlines* de las empresas, los artículos de prensa, los informes o campañas de ONG o del Instituto Nacional de Derechos Humanos, y los mecanismos de monitoreo de los tratados internacionales. También, las fuentes de información de carácter socioeconómico y administrativas, a nivel nacional e internacional; las entrevistas de percepción y opinión vinculadas a la industria y los criterios de expertos o activistas o defensores derechos humanos (Götzamann y otros, 2016: 54-56).

La *línea base* es un documento o instrumento que debe ser claro, para permitir luego un análisis que logre identificar qué impactos adversos ocurren como resultado del proyecto o actividad empresarial, haciendo una evaluación *ex post*, pero también una evaluación *ex ante* respecto de los futuros impactos.

La elección de los miembros del equipo evaluador —y el desarrollo del ciclo de gestión en su conjunto— se enfrenta a los desafíos de asignación de recursos suficientes por parte de la empresa. Asimismo, al tratarse la debida diligencia de una práctica emergente, debe buscarse una combinación entre *habilidades* y *expertise* para que el proceso sea efectivo y se aplique el enfoque de derechos humanos. De modo que la experiencia que exista dentro de la empresa también es relevante, a empleados del área legal, de *compliance* y de sostenibilidad pueden incorporarse al equipo evaluador, debido a la comprensión que tienen de las operaciones y actividades que desempeña la empresa. Sin embargo, en el caso de ser incluidos funcionarios de la empresa dentro del equipo evaluador, deben ponderarse y tomar en cuenta las dificultades y cuestionamientos respecto de la independencia de la evaluación, así como la legitimidad de los resultados del examen exploratorio, sobre todo respecto de la desconfianza que puede generar su inclusión a los titulares de derechos o *right-holders* (Götzamann y otros, 2016: 45-46).

Respecto de conceptos o criterios relevantes para tener en cuenta a la hora de hacer la evaluación del impacto en la práctica, la comprensión de qué es un *impacto adverso* de derechos humanos es clave. En palabras simples, lo podemos definir como una acción u omisión que reduce, remueve o impide la capacidad de un individuo de disfrutar, gozar y ejercer un derecho humano (Götzamann y otros, 2016: 63).

Asimismo, el análisis del impacto adverso surgirá a medida que se lleve a cabo este ejercicio exploratorio. Éste debe guiarse por el concepto de gravedad para hacer su evaluación o ponderarlo conforme a estándares de derechos humanos. Reiteramos que el diseño de indicadores debe ser concordante con estos estándares y que debe incluir la perspectiva de los impactados. De acuerdo con los Principios Rectores, los impactos positivos que se identifiquen o se visibilicen en este ejercicio exploratorio no son el objeto de la debida diligencia. Sí lo son los impactos adversos, de conformidad con los Principios Rectores 13 y 19 (Götzamann y otros, 2016: 63; Naciones Unidas, 2012: 17).

El Principio Rector 13 señala que existen tipos de impacto adverso, clasificados según su temporalidad (actuales o potenciales) y según su nivel o grado de involucramiento de la empresa (causa, contribuye o está directamente vinculada).

Los impactos adversos *actuales* son aquéllos que ocurrieron o están ocurriendo. Incluye también aquellos impactos que se hayan «heredado» o «legado» de procesos de fusiones y adquisiciones. Los impactos adversos *potenciales* son aquéllos que pueden ocurrir en el futuro (Naciones Unidas, 2012: 13).

Los impactos adversos según grado de involucramiento de la empresa se refieren a sus operaciones en sentido amplio, e incluyen sus productos, servicios, relaciones contractuales comerciales y también las no contractuales. De este modo, la empresa *causa* un impacto adverso cuando éste se deriva inmediatamente de una acción suya, que no involucra a ninguna otra parte o actor en la ocurrencia o generación del impacto.²⁰ La empresa *contribuye* al impacto adverso cuando por su actividad inmediata, o en concurrencia con la de otro actor, ocurre o se genera el impacto.²¹ Por último, la empresa se encuentra *directamente vinculada* cuando no causa ni contribuye a la generación u ocurrencia del impacto, pero existe un vínculo o relación comercial —de carácter contractual o no— con el actor que la ha generado.²²

Respecto del tipo de impacto referido a *contribuir*, interesa la noción de *impacto acumulado*, puntualizada por el Instituto Danés de Derechos Humanos (Götzamann y otros, 2016: 65-67), cuyos elementos principales comprenden la ocurrencia de impactos sucesivos que se combinan con otros y ocurren en serie. Se localizan en una misma región, localidad o territorio, afectando el o los mismos recursos. Son un ejemplo del tipo de impacto al que la empresa contribuye, pues se acumulan con impactos de proyectos ya existentes en la zona o aquéllos que se han planificado para el

20. Por ejemplo, cuando una empresa discrimina en sus prácticas de contratación por razones de género, o a postulantes de pueblos afrodescendientes u originarios (Götzamann y otros, 2016: 64).

21. Por ejemplo, si provee información de usuarios al Gobierno, que la utiliza con fines de vigilancia de opositores políticos; o si descarga una cantidad autorizada por la norma sectorial regulatoria de contaminantes en un ambiente local, y que, al hacerlo también otras empresas, impactan el uso de los servicios ecosistémicos comunitarios (Götzamann y otros, 2016: 64).

22. Por ejemplo, cuando una compañía de *retail* importa sus productos y su proveedor o el subcontratista utiliza trabajo esclavo o trabajo infantil (Götzamann y otros, 2016: 64).

futuro. Este tipo de impactos son difíciles de predecir, suelen ser graves afectaciones a los derechos humanos que involucran con frecuencia a población o grupos vulnerables con menor capacidad de resiliencia para recuperarse del impacto, debido a las discriminaciones sistemáticas a las que están sujetos.

De acuerdo con el Instituto Danés de Derechos Humanos (Götzamann y otros, 2016:65-67), por lo general las empresas no se consideran responsables de los impactos acumulados debido a que su actividad, individualmente considerada, tiende a cumplir con la exigencia o estándar regulatorio sectorial. Esta situación configura otra de las características de este tipo de impacto y expone una brecha de los límites establecidos por el regulador: tienden a ser impactos que se gestan lentamente y, como se dan en serie, pueden ser exponenciales a lo largo del tiempo. De este modo, se satura la capacidad de absorber impactos de la zona o territorio y, una vez alcanzado este punto, la situación cambia en forma abrupta, por lo que pueden generar catástrofes, emergencias o inclusive escaladas o estallidos de conflictos sociopolíticos en un territorio o zona geográfica.²³

Otro criterio para considerar en la clasificación de tipos de impacto según el grado de involucramiento es el concepto de *complicidad*. De acuerdo con la guía para interpretación de la responsabilidad de respetar de las empresas, existen diferentes significados para este concepto en el marco de los Principios Rectores (Naciones Unidas, 2012: 6-7; Alzari, 2016: 61-62). El significado legal varía de una jurisdicción nacional a otra, respecto de derecho civil²⁴ y derecho penal,²⁵ y el significado de los Principios Rectores como instrumentos de *soft law*.

En efecto, los Principios Rectores son más amplios e involucran lo legal y lo no legal, lo actual y lo potencial. Así, se utiliza el concepto para describir los grados de involucramiento de las empresas en la ocurrencia de impactos adversos, excediendo obligaciones legales; por ejemplo, cuando existe involucramiento de los negocios en abusos de derechos humanos,²⁶ o cuando la empresa se beneficia de acciones de un actor o tercera parte que ocasionan un impacto adverso a los derechos humanos (Götzamann y otros, 2016: 64-65; Naciones Unidas, 2012: 91-92) a través de sus cadenas de suministro o relaciones comerciales relevantes o estratégicas a su operación.

23. En Chile, esta saturación se visibiliza en las llamadas «zonas de sacrificio». Consideramos que incorporar el concepto de impacto acumulado puede ser útil para los operadores jurídicos que actúan en este ámbito, sobre todo para la defensa de los titulares de derechos. Para analizar vinculaciones con este objeto y las obligaciones estatales, revítese en general la obra de Schönsteiner, en específico Hervé y otros (2012).

24. En Chile existe un estándar civil de responsabilidad y diferentes tipos de culpa, cuyas implicaciones en materia de derechos humanos y empresas será necesario examinar.

25. El mismo examen de la regulación en Chile de la responsabilidad penal de las empresas será de interés para el campo de derechos humanos y empresa.

26. Por ejemplo, cuando empresas operan en zonas de conflicto.

Fase de acciones o respuestas (poner fin, prevenir, mitigar)

De acuerdo con los Principios Rectores 13 y 19 letra b), el pasar a la acción o dar respuesta a los impactos identificados se vincula directamente con los tipos de impacto según el grado de involucramiento de la empresa. Asimismo, también se condice con la ponderación del impacto adverso, según el criterio de gravedad, siempre y cuando se dé el caso de que no sea posible abordar en forma simultánea los impactos identificados.

Para determinar la gravedad del impacto adverso, el Instituto Danés de Derechos Humanos brinda parámetros orientadores para considerar. Enumera cinco puntos a tener presente al considerar la gravedad del impacto (Götzamann y otros, 2016: 71):

- Debe examinarse sobre la base del diálogo con los individuos impactados negativamente y sus representantes u organizaciones.²⁷
- Debe considerar la vulnerabilidad como componente integral de la gravedad del impacto. La vulnerabilidad se refiere a las circunstancias particulares y la habilidad para responder al cambio de un individuo o grupo de individuos impactados en forma negativa.
- En referencia a los conceptos de *ámbito* o *campo*, que refieren a la extensión del impacto, es esencial que no se considere un número absoluto de individuos, sino que se considere quiénes son. El objetivo de esto es asegurar que cualquier discriminación sea identificada e incluida al momento de considerar la gravedad del impacto.
- La *expertise* y conocimiento en derecho internacional de los derechos humanos es fundamental para asegurar que el proceso de evaluación ha considerado información adecuada y pertinente.
- Los ejecutantes del proceso de debida diligencia deben comprender que el concepto de gravedad en derecho internacional no es absoluto. Por necesidad involucra un juicio profesional, un diálogo con los titulares de derechos y la interrelación de los impactos identificados, así como sus consecuencias de largo plazo.

Respecto de este último aspecto, el parámetro central de la gravedad es el grado o carácter irremediable del impacto, pues se refiere a la posibilidad de restituir a los

27. Este punto necesariamente requiere de observaciones transdisciplinarias en terreno. La normativa vigente aplicada por ejemplo a las poblaciones rurales e indígenas genera distorsiones sobre la representatividad y la democracia en organizaciones territoriales funcionales o comunales, que derivan en «siniestros normativos» para las comunidades rurales. A este respecto, véase, por ejemplo, Ther y otros (2018: 20 y 23).

titulares del derecho a la situación anterior a la ocurrencia del impacto, tanto en el goce como en el ejercicio del derecho.

El Instituto Danés ha desarrollado herramientas que contienen parámetros fundados en fuentes autorizadas del Sistema Internacional de Derechos Humanos para dar más claridad a los ejecutantes de la debida diligencia al momento de identificar que un impacto adverso ha ocurrido en la realidad. Estas herramientas se basan en satisfactores de derechos humanos como la disponibilidad, la accesibilidad (física, económica, no discriminatoria), la aceptabilidad (cultural y de consumo, si procede) y la calidad. Así, una pregunta orientadora general para determinar la gravedad de un impacto adverso a un derecho humano en un caso concreto sería: «¿Afecta la acción, proyecto u operación de la empresa las dimensiones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad o calidad del derecho humano?». Esta pregunta debe ser respondida por las empresas, por cada una de estas dimensiones o satisfactores del derecho humano en cuestión, brindando una respuesta descriptiva de los hechos y circunstancias relacionadas al impacto (Götzamann y otros, 2016: 34-38).

Entonces, volviendo al nivel de involucramiento de la empresa, los Principios Rectores fijan la respuesta o acción esperada una vez identificados los impactos adversos conforme al Principio Rector 19 letra b) y la guía para la interpretación de los Principios (Naciones Unidas, 2012: 19-20), que expondremos a continuación. En caso de que no todos puedan abordarse en simultáneo, debe darse prioridad a los más graves, de conformidad con el Principio Rector 24. De modo que:

- Si la prevención falló y la empresa *causa* el impacto adverso, debe responder *poniendo fin* o *cesando* el impacto o adoptando una hoja de ruta orientada al cese (*mitigando*), además debe proveer o colaborar para *remediar* el impacto real causado (daño).
- Si la prevención falló y la empresa *contribuye*, las acciones requeridas son poner fin al impacto o adoptar una hoja de ruta orientada al cese (*mitigando*) y ejercer la *influencia* o aumentarla. Asimismo, también la empresa debe proveer o cooperar en *remediar* el impacto real causado (daño).
- Luego, si la prevención falló y la empresa está *directamente vinculada* a la generación del impacto adverso, debe responder *ejerciendo su influencia* para mitigar el impacto (*reestableciendo la prevención*) y, en caso de que dicha influencia no sea suficiente a este objetivo, la empresa debe *aumentar su influencia*. En este tipo de impacto, los Principios Rectores no fijan como conducta esperada que la empresa provea o contribuya a remediar los impactos adversos (daño), aunque puede tener un rol en ello. A este respecto, véase también Götzamann y otros (2016: 77).

Fase de seguimiento, integración e implementación

Esta fase tiene que ver con la implementación efectiva de los puntos anteriores y el monitoreo o seguimiento a las acciones y respuestas que la empresa ha diseñado y debe implementar conforme a los parámetros señalados. Debe existir una correspondencia entre los impactos identificados y la respuesta que se requiere según los Principios Rectores (prevenir, poner fin, mitigar, ejercer influencia o remediar). Esta correspondencia permitirá dirigir la actividad de la empresa hacia mejores estándares de conducta, la que debe orientarse hacia *establecer mecanismos efectivos de prevención y mitigación* a través de controles precisos, integrando las lecciones aprendidas para los procesos, actividades y proyectos futuros en planes de manejo y gestión (OCDE, 2018: 32).

Para una gestión efectiva de las acciones, las empresas deben establecer planes de seguimiento o monitoreo de las respuestas diseñadas y que se encuentran en ejecución para abordar un impacto adverso ocurrido o que puede ocurrir.

En estos planes, en la medida en que se ejerce un control y seguimiento sobre las respuestas dadas por la empresa, es necesario involucrar a los titulares de derechos humanos que han sufrido los impactos adversos identificados. Si es apropiado, deben formar parte de la elaboración y desarrollo del referido plan. Estos planes deben desarrollarse en forma colaborativa con personas específicas dentro de la empresa y que cuenten con experiencia o aptitudes en la adopción de medidas de prevención o mitigación, las que deben basarse en la selección de indicadores confeccionados en la línea base.

Se requiere un enfoque interdisciplinario que no sólo involucre a las áreas tradicionalmente asociadas a estas temáticas (sostenibilidad, y en ocasiones, *compliance* corporativo). Se requieren alianzas con personeros de toda la operación empresarial, sobre todo con aquellos profesionales dueños de procesos. De ser apropiado, debe solicitarse la opinión de organizaciones no gubernamentales o expertos académicos para la independencia del diseño del plan de manejo e, inclusive, implementar un monitoreo de dicho plan que tenga un carácter participativo. De hecho, este es un buen momento dentro del proceso para incorporar la participación de los titulares de derechos humanos y construir confianza sobre la base de información de calidad y adecuación a expectativas de las personas afectadas (Götzamann y otros, 2016: 80-82).

Asimismo, el plan debe incluir el desarrollo, implementación y evaluación del mecanismo de queja o denuncia existente a nivel operacional de la empresa, monitoreando si su estructura se orienta a brindar una reparación efectiva del daño causado.²⁸ Esto es sumamente relevante, pues, además de evidenciar la interrelación

28. Para más información respecto de los mecanismos de queja o denuncia identificados en el Pilar 3

entre los pilares de los Principios Rectores, también la empresa demuestra que la debida diligencia es un mecanismo de gestión continua y que acciones concretas se adoptan para hacer realidad el enfoque preventivo (Götzamann y otros, 2016: 80-82). Estos canales de denuncia, queja o reparación alojados dentro de las empresas deben cumplir con el criterio de efectividad de acuerdo con lo explícitamente indicado en el Principio Rector 31, el que además otorga una serie de elementos que la constituyen, entre los que se encuentra la participación.

Queremos retomar en esta sección, por considerarla clave a la hora de integrar e implementar de forma efectiva la debida diligencia, la expectativa de los Principios Rectores de que, frente a cierto tipo de impactos, respondan ejerciendo su *influencia* o aumentándola si ésta es insuficiente. La influencia de la empresa radica en su capacidad o la habilidad de cambiar las prácticas o la conducta de otras empresas relacionadas o socios comerciales. Alude a la capacidad de la empresa de incidir en el comportamiento de sus pares. En el caso de que a la empresa no disponga de esa influencia, deberá buscar formas de aumentarla, por ejemplo, fomentando capacidades con los proveedores o coordinando la participación entre pares sobre impactos acumulados o compartidos. Aunque la empresa carezca completamente de influencia, esto no excluye su responsabilidad de respetar y responder a los impactos adversos aplicando la debida diligencia (Götzamann y otros, 2016: 77-79; Naciones Unidas, 2012: 19-20).

La conceptualización de la *influencia* en los Principios Rectores es muy relevante en materia de riesgos empresariales, pues tiene una diferencia fundamental con la tradicional *gestión de riesgos*. En efecto, la práctica empresarial tiende a integrar los derechos humanos al confeccionar sus matrices de riesgos y, por tanto, también a homologar la respuesta que se da para impactos en materias sociales o medioambientales. En esta gestión tradicional, se les asignan criterios de prioridad a las respuestas de los riesgos estableciendo un ranking. Uno de los criterios de prioridad en la respuesta es si la empresa tiene una proximidad para el control o el control sobre el riesgo, referida como la *esfera de influencia* de la empresa (Alzari, 2016: 63-65). Sobre este punto, el Instituto Danés puntualiza que el enfoque en materia de riesgos de derechos humanos es respecto de la *esfera del impacto* y no de la esfera de influencia de la empresa, es decir, aquello que está próximo a su control o bajo su control (Götzamann y otros, 2016: 41-42). Los Principios Rectores exigen que la gestión de los riesgos en materia de derechos humanos sea priorizada en razón de la gravedad del impacto adverso, y no en razón de la influencia o control que la empresa tenga respecto del impacto (Götzamann y otros, 2016: 69-71; Naciones Unidas, 2012: 7).

De este modo, si la empresa está *directamente vinculada* con un impacto adverso,

de los Principios Rectores, véase el análisis de la Universidad de Manchester sobre este tipo de mecanismos no estatales y no judiciales en Zagelmeyer, Bianchi y Shemberg (2018).

especialmente grave, la respuesta esperada es ejercer su influencia o aumentarla si no la tiene. Vemos cómo existe toda una ofensiva regulatoria para fenómenos que implican violaciones o abusos especialmente graves, como la esclavitud moderna y la preocupación por las cadenas de suministros en las grandes transnacionales que tercerizan sus procesos. Integrar este concepto es clave para hacer el monitoreo de las respuestas y para establecer la prevención.

En efecto, algunos ejemplos de acciones para ejercer la influencia son incluir estándares de derechos humanos y auditar su cumplimiento, incluir dichos estándares en procesos de compra y licitación de la empresa, y generar incentivos comerciales a proveedores considerando el respeto a los derechos humanos. Acciones de carácter más amplio pueden ser el fomento de capacidades de los proveedores en el respeto a los derechos humanos, o asegurar que las gerencias de compra y adquisiciones adecúen sus decisiones a criterios de respeto a los derechos humanos, teniendo como referentes la utilización de estos estándares por el sector industrial al que pertenece la empresa. Asimismo, hay iniciativas entre pares o incluso de carácter multiactor que también son descritas como formas de ejercer influencia (Götzamann y otros, 2016: 78-79).

Fase de comunicación

Implica la comunicación pública a la sociedad en general y los titulares de derechos humanos impactados negativamente por las operaciones, actividades o proyectos empresariales del proceso de debida diligencia aplicado. Las empresas deben divulgar la identificación de los impactos, las fuentes de información, la perspectiva adoptada para la evaluación, la metodología y si asumieron un enfoque único en derechos humanos o lo integraron a modelos de riesgos en materias sociales o ambientales ya existentes. También deben divulgar las acciones adoptadas y la reparación provista, si hay daño (OCDE, 2018: 33).

La comunicación del proceso de debida diligencia, además de ser una fase en sí misma, constituye un elemento transversal del mecanismo de gestión continua. En primer lugar, desde un enfoque de derechos humanos, tiene que ver con el derecho de acceso a la información de los titulares de derechos impactados. Permite también establecer la rendición de cuentas de la empresa, habilitando el acceso a la información del proceso de debida diligencia a titulares de derechos y a la sociedad en general. Mediante la comunicación de los informes, reportes o publicidad de todas las fases del mecanismo de gestión, la empresa demuestra que tiene una conducta empresarial responsable.

La participación de los titulares impactados en la fase de comunicación del proceso de debida diligencia también es una exigencia de la responsabilidad de respetar. Es parte de lograr constituir un proceso de monitoreo que también tenga ese carácter.

La amplitud de la divulgación, de acuerdo con el Principio Rector 21, requiere que las empresas comuniquen cómo gestionan los impactos adversos, especialmente aquéllas que operan en el contexto de riesgos de graves vulneraciones a los derechos humanos.²⁹ No establece limitaciones o reservas que las empresas puedan hacer en esta materia, salvo cuando la publicidad ponga en riesgo a los derechos humanos de un individuo (cuyo impacto debe ser sometido al examen de gravedad).

La publicidad de la comunicación debe tener una forma y frecuencia que haga accesible la información a las audiencias intencionadas —sobre todo titulares de derechos—. Debe, además, proveer información suficiente para que las partes interesadas e impactadas puedan también evaluar la adecuación de la respuesta de las empresas a los impactos. Por último, la comunicación no debe poner en riesgo los derechos humanos de los grupos de interés o grupos vulnerables.

Algunas dificultades transversales a las fases

Una principal dificultad práctica es que los Principios Rectores establecen recomendaciones, de modo que todo lo dicho puede o no ser considerado por las empresas.

El mecanismo de gestión sugerido respecto de la evaluación en los Principios Rectores puede ser abordado de diferentes maneras. Puede implicar una evaluación exclusiva en temáticas de derechos humanos, o puede implicar una evaluación a los derechos humanos no exclusiva, sino integrada a los sistemas internos que la empresa actualmente tiene operativos. Esto genera problemas respecto de la percepción del riesgo, la que no debe considerarse desde la afectación a la empresa, sino desde la afectación a los titulares de derechos, lo que profundizaremos como punto crítico.

Otra dificultad es que las empresas tienden a relevar más los beneficios del proyecto o actividad, por sobre los impactos adversos que genera u ocasiona, en una lógica de compensación respecto de las consecuencias negativas.³⁰ Esta práctica común no es aceptable de acuerdo con el estándar determinado por los Principios Rectores, que enfatizan un cambio en la conducta empresarial operacionalizada en identificar y abordar los impactos adversos, respecto de cualquier tipo de involucramiento en la generación u ocurrencia del impacto.

29. Asimismo, las líneas directrices de la OCDE indican que la información publicada debe ser de calidad, lo que significa que la comunicación debe satisfacer su propósito, cual es mejorar el entendimiento público de las interacciones entre la empresa, la sociedad y el medio ambiente (Götzamann y otros, 2016: 85-86).

30. Schönsteiner y otros siguen un examen de convenios de beneficios establecidos entre grandes empresas mineras y comunidades de pueblos originarios del norte de Chile. En su gran mayoría, estos convenios no aluden a los Principios Rectores ni a la debida diligencia en derechos humanos, ni explícitamente a los derechos humanos, sobre todo por ser anteriores al uso común de estos conceptos y estándares (Barros y Schönsteiner, 2014).

Así, las empresas deben diferenciar la debida diligencia como mecanismo de gestión de los impactos adversos respecto de cualesquiera otras contribuciones positivas, beneficios o acciones filantrópicas de sus actividades u operaciones. El Instituto Danés de Derechos Humanos, referente internacional en este ámbito, ha señalado la necesidad de que los operadores diferencien claramente los deberes de los Estados y la responsabilidad de respetar de las empresas (Götzamann y otros, 2016: 67-68), lo que es coherente con el Principio Rector 13. La cuestión está en si se considera que las empresas, conforme a los Principios Rectores, tienen una obligación ética respecto de la promoción o protección de los derechos humanos, lo que implica que deben asumir voluntariamente obligaciones que, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, son de los Estados.³¹

Un mecanismo de debida diligencia en las empresas adecuado a estos estándares, de llegar a incluir contribuciones positivas hechas para legitimar o fortalecer la denominada «licencia social» de los proyectos, debe, al respecto de esos beneficios, referir si acaso tienen un impacto adverso. Por ejemplo, respecto de la calidad de la participación de los titulares de derechos, evitando capturas o cooptaciones a su consentimiento libre e informado (Götzamann y otros, 2016: 67-68).

Volviendo a los riesgos, un aspecto que dificulta la implementación de un proceso de debida diligencia en derechos humanos es el tratamiento que las empresas hacen de ellos. En primer lugar, en cuanto a la perspectiva en que tradicionalmente son abordados, el foco está en los riesgos reputacionales, financieros u operacionales que se presentan respecto de la afectación o el riesgo para la empresa, considerados riesgos «internos». Así, a la hora de operativizar y construir sus matrices de riesgos y establecer los controles, no existe la adecuación necesaria al estándar de los Principios Rectores.³² De acuerdo con el comentario del Principio Rector 17, para la debida diligencia se requiere una perspectiva de riesgos externos; el riesgo no es respecto de la empresa en sí, sino el riesgo que ella genera al impactar en forma negativa el disfrute y goce de los derechos humanos de un individuo.³³

En el mismo sentido, la práctica de la gestión de riesgos empresariales establece rankings y prioridades de riesgos. Hay riesgos que son «más importantes» o «más

31. La guía para la interpretación de Naciones Unidas lo plantea como parte de un debate abierto; sin embargo, clarifica que los Principios Rectores no la prohíben, no es el objeto del proceso de debida diligencia que se centra en la responsabilidad de respetar para el caso de las empresas. Esto guarda coherencia con los Principios Rectores 13 y 19 (Naciones Unidas, 2012: 17-18). También interesa este debate para visibilizar o considerar los desafíos que el campo de derechos humanos y empresa plantea a la estructura de titulares de deberes u obligaciones en derecho internacional de los derechos humanos. A este respecto, véase Carrillo (2008, 2017) y Thompson (2017).

32. Sobre la teoría de riesgos empresariales, véase Alzari (2016: 21-38).

33. En efecto, los diversos instrumentos *soft law* en esta materia establecen esta diferencia fundamental con la tradicional evaluación de riesgos empresariales (Naciones Unidas, 2012: 8; OCDE, 2018: 15).

significativos», debido a que es más probable que ocurran o porque afectan o pueden afectar a un mayor número de personas. Así, los riesgos y sus impactos se priorizan por la probabilidad de su ocurrencia. Esto es lo que determinaría la *materialidad* del impacto y por tanto la respuesta. Esta lógica, aplicada en la práctica de las evaluaciones y construcción de matrices de riesgo empresariales, no es la lógica de los Principios rectores (Götzamann y otros, 2016: 17-18; Naciones Unidas, 2012: 8; OCDE, 2018: 15). En lugar de ello, los Principios Rectores indican que las empresas deben abordar —con acciones y respuestas— todos los impactos adversos que generan, pero reconociendo la imposibilidad de hacerlo en simultáneo; menciona entonces que la priorización de riesgo debe hacerse atendiendo primero aquellos impactos adversos que son más graves, de acuerdo con el Principio Rector 24 (Götzamann y otros, 2016: 69-70; Naciones Unidas, 2012: 8).

En materia de monitoreo, al ser una instancia de control, representa también una excelente oportunidad de aplicar la participación de otros actores y rendición de cuentas ante ellos; principalmente aquellas personas que han sido afectadas en sus derechos humanos por los impactos adversos generados por la empresa. La dificultad se encuentra en que tradicionalmente las empresas, al hacer internamente esos controles, no incluyen a los titulares de derechos. Implementar la participación en el proceso de debida diligencia, y en específico hacer participativa la fase de monitoreo o seguimiento, implica cambios de dinámicas y adopción de procesos colaborativos. Requiere de una apertura y disposición de escucha activa a diferentes puntos de vista, contrarios inclusive al proyecto empresarial (Götzamann y otros, 2016: 80).

Aunque la fase de monitoreo es un buen momento para incorporar la participación, ésta es un principio transversal de la debida diligencia y debe plantearse desde el inicio de la planificación del proceso. La debida diligencia tiene como *benchmarking* los tratados internacionales de derechos humanos y la participación es también un derecho humano. De modo que, al incorporarla, debe tenerse presente que, como derecho humano, la participación atiende a discriminaciones y exclusiones a las que algunos grupos humanos se ven sistemáticamente sometidos en sociedad, como mujeres, niñas, pueblos originarios, personas migrantes, pueblos afrodescendientes o personas en situación de discapacidad (Götzamann y otros, 2016: 115-124). Este derecho también se liga al derecho a la información, la que debe proveerse identificando las capacidades de los participantes y facilitando los contenidos. De este modo, elementos como el acceso o calidad del monitoreo en la debida diligencia pueden ser efectivos y, potencialmente, ser aportes positivos para el derecho humano al desarrollo.

En la fase de comunicar la debida diligencia también se presentan ciertas dificultades, como la responsabilidad del equipo encargado de decidir cuánto divulgar. Esto ocurre porque se trata de una práctica emergente cuyos estándares aún no están homogeneizados, sumado al contexto de que se trata de un mecanismo de gestión que no se funda en obligaciones jurídicamente vinculantes a las empresas. En ese contex-

to, la discusión principal gira en torno a si la empresa debe divulgar todo o, como se trata de una práctica incipiente y muchas veces se desarrolla en ambientes sensibles, susceptibles o no convencidos en la cultura de respeto a los derechos humanos, simplemente se difunda el proceso de forma parcial, con el objetivo de avanzar hacia una divulgación completa (Götzamann y otros, 2016: 87-88). Como el requerimiento de comunicar incluye divulgar los impactos adversos identificados en el proceso de debida diligencia, genera reticencias en las gerencias legales de las empresas; lo que muestra de paso los límites del carácter *soft law* de este mecanismo.

Otros de los desafíos en materia de comunicar el proceso y resultados de la debida diligencia se presentan según el enfoque de gestión adoptado por las empresas; es decir, si al aplicar las recomendaciones de los Principios Rectores, las organizaciones han generado un proceso basado en un enfoque único de derechos humanos o lo han integrado a las estructuras del gobierno corporativo, las políticas vigentes y sus instrumentos como las matrices de riesgo. Es un desafío en ambos escenarios, pues si la empresa ha hecho un proceso de debida diligencia exclusivo en derechos humanos, nuevamente existe una reticencia a publicar todos los hallazgos y resultados en cumplimiento del Principio Rector 21.³⁴

Por otro lado, si lo ha hecho de manera conjunta a los procesos de gestión de riesgos ambientales y sociales, las dificultades se presentan respecto de la perspectiva adoptada en el reporte de sostenibilidad o memoria de sostenibilidad³⁵ y la tendencia anquilosada a presentar los beneficios que las actividades empresariales generan para la comunidad, *stakeholders* o titulares de derechos. La tendencia es que, en vez de divulgar los impactos negativos, divulgan sólo los beneficios, aportes, contribuciones filantrópicas o financieras que generan en favor de las personas. Basta que el lector revise cualquier reporte de sostenibilidad que utiliza la metodología GRI Standards y verifique esta tendencia a no reportar conforme al indicador —llamado «contenido»— cuando éste requiere de manera explícita que se informe sobre impactos negativos. Son casos excepcionales las empresas que reportan tal cual como demanda el indicador (CHRB, 2019; Pacto Global Chile, 2018).

Conclusiones: Desafíos y puntos críticos

Mostrar los beneficios que brinda un proyecto empresarial no se encuentra excluido de los Principios Rectores, pero esto no debe presentarse en reemplazo o como una especie de canje, omitiendo la principal expectativa de conducta, que es abordar los impactos adversos ocasionados por las empresas.

34. En efecto, estudios de análisis de esta temática han puntualizado en la falta de información provista por las empresas, muy lejos del estándar del Principio Rector 21 (CHRB, 2019; Pacto Global Chile, 2018).

35. También lo denominan reporte o memoria integrada.

El abordaje adecuado de los beneficios de un proyecto, según los Principios Rectores, es correcto cuando se mencionan los impactos negativos que éstos pueden tener, por ejemplo, respecto del carácter de la participación de los titulares de derechos, para evitar cooptaciones y respetando su participación libre e informada en los proyectos o actividades de la empresa que los afectan o pueden afectarlos en forma negativa.

El estallido y crisis social en Chile de octubre de 2019 hizo aún más patente la desigualdad existente en nuestra sociedad, así como una serie de afectaciones a la dignidad de las personas, que se traducen en vulneraciones y falta de realización de derechos humanos internacionalmente reconocidos y ratificados por Chile. De modo que, considerando este nuevo contexto sociopolítico, deben ser examinadas las prácticas empresariales en torno a la sostenibilidad, que por años se han enfocado más que nada en relevar los beneficios que legitiman y promocionan un proyecto o actividad que la empresa desarrolla o quiere desarrollar en algún territorio, zona o ámbito.

Como este enfoque acumula varios años de práctica común en la denominada responsabilidad social empresarial, el examen de ella en este nuevo contexto sociopolítico debe incluir la aplicación de la debida diligencia aquí expuesta. Así, ya sea la empresa, los titulares de derecho o el Estado, deben tomarse en consideración las expectativas creadas a la comunidad respecto de recibir los beneficios o colaboraciones financieras en materias educativas, de salud, de ocio, de empleo, comunes y de varios años en la responsabilidad social empresarial, en el marco de un incumplimiento de las obligaciones del Estado de Chile en materia de derechos humanos. La responsabilidad social empresarial incluye principalmente prácticas de carácter proveedoras, financieristas o filantrópicas a favor de las comunidades y que no se encuentra excluidas o prohibidas por los Principios Rectores.

Considerar las expectativas de la comunidad y el marco de débil cumplimiento de obligaciones estatales respecto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales evidenciado con el estallido social de octubre, requiere que se tenga en cuenta el contexto de discriminaciones, exclusiones y vulnerabilidades, pobreza multidimensional y altos niveles de endeudamiento en Chile, así como sus intersecciones con las situaciones de grupos humanos especialmente vulnerables. De este modo, el desafío continúa siendo cómo el regulador brinda un marco institucional de derechos humanos y de desarrollo que permita que la participación efectiva de las comunidades y titulares de derechos pueda ejercerse libremente al respecto de proyectos o actividades empresariales que les afecten. Para ello, es necesario que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales en derechos humanos.

Los dilemas de los «beneficios frente a impactos adversos» que las empresas generan o pueden generar a través de sus actividades, operaciones o proyectos es central en el campo de empresa y derechos humanos, y su comprensión es clave para una

adecuada aplicación de la debida diligencia como mecanismo. También es clave en los esfuerzos por precisar, sin desconocer las interacciones entre los pilares de los Principios Rectores, cuáles siguen siendo las obligaciones jurídicas de los Estados en materia de cumplir y proteger los derechos humanos, y cuáles son las obligaciones de las empresas. Consideramos que las empresas y el sector privado no tienen la obligación jurídica ni ética de cumplir o proteger los derechos humanos; al menos no todavía, con los instrumentos y regulaciones internacionales de *soft law* existentes en este campo, y sin perjuicio de que estos instrumentos no prohíben prácticas de beneficio, filantrópicas o de financiamiento de las empresas a las personas o comunidades.

La participación en el mecanismo de debida diligencia debe ejecutarse tomando en cuenta los puntos precedentes y que exponen limitaciones intrínsecas y de obligaciones estatales incumplidas respecto del cumplimiento de los derechos humanos en Chile. Deben considerarse las asimetrías de información, así como brechas educacionales con un enfoque de capacidades.

Deben desarrollarse herramientas, recomendaciones y puntualizarse los elementos prácticos de la debida diligencia con una incorporación de la perspectiva de género. En efecto, los procesos de debida diligencia debieran llevarse a cabo con esta perspectiva; sin embargo, en la práctica se evidencia la necesidad de un mayor desarrollo en su incorporación.

Los desafíos globales y del desarrollo hacen urgente que las empresas, en el marco de la sostenibilidad corporativa y las buenas prácticas de gobierno corporativo, incorporen la debida diligencia. En materia de derechos humanos, debe abandonarse la perspectiva reputacional desde el enfoque interno de los riesgos de la empresa. Esta es la única manera en que la temática de la debida diligencia en derechos humanos deje de ser una mera declaración o parte de una buena imagen corporativa. Un primer paso es implementar capacitaciones permanentes en las empresas, comprendiendo que se trata de un proceso de mejora continua y no un ejercicio que se lleva a cabo una única vez.

Deben incorporarse actores claves en áreas de operaciones, más allá de la gerencia corporativa, casa matriz, área de sostenibilidad o de *compliance*. Deben participar de la debida diligencia los dueños de procesos u operaciones claves en la empresa.

El desarrollo de la prevención dentro del mecanismo de gestión de la debida diligencia es uno de los principales desafíos. La práctica instalada en materia de riesgos empresariales es que su evaluación se lleva a cabo o divulga de manera posterior a la ocurrencia del impacto adverso. Para prevenir, necesariamente debe adoptarse la perspectiva exterior del riesgo y sus evaluaciones, el foco es el riesgo de impacto adverso hacia los titulares de derechos humanos y no la afectación a la empresa, a su reputación u otro activo, aunque pueden coincidir o estar ligados.

En lo que respecta al Estado, la debida diligencia como mecanismo y su desarrollo puede servir como antecedente para que se sintonice con la ofensiva regulatoria glo-

bal en la temática y establezca leyes o reglamentos que hagan jurídicamente exigible la conducta empresarial responsable de los principios rectores. Asimismo, hay otros elementos a considerar en nuestro contexto para la efectiva aplicación de la debida diligencia y el respeto por las empresas de los derechos humanos; por ejemplo, las privatizaciones de servicios públicos ocurridas en el periodo de dictadura cívico-militar en Chile, la impunidad de los crímenes de lesa humanidad y eventuales vínculos con empresas deben ser objeto de examen, investigación y sanciones por el Estado que deben cumplirse, además de una regulación vinculante del mecanismo de debida diligencia empresarial.

La necesidad de regular a nivel nacional la debida diligencia es identificada en diversos textos por Schönsteiner y otros. Coincidimos en que es necesaria. Ninguna política pública reemplaza la regulación legal, debe dotarse de eficacia normativa en Chile a los Principios Rectores para abordar las principales brechas en su implementación.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos urgente converger en esfuerzos transdisciplinarios en la construcción de indicadores y diseño de programas educativos en las temáticas relativas a los derechos humanos. La necesidad de que los derechos humanos sean efectivos exige alianzas con otras disciplinas en orden a difundir y extender su conocimiento a los titulares, trasciende a la disciplina jurídica y, por cierto, expone sus serias limitaciones. En materia de empresa y derechos humanos, el desconocimiento del mecanismo de debida diligencia y de las vías o instancias de mediación no judicial existentes en la temática afecta el ejercicio y protección de los derechos de los impactados negativamente, de modo que se deben focalizar esfuerzos de educación y difusión principalmente a los titulares más vulnerables.

La pregunta por la armonización del desarrollo económico y los derechos humanos, o la imposibilidad de armonía por tratarse en muchos casos de modelos de desarrollo divergentes, sigue sin respuesta. No consideramos que la debida diligencia resuelve el problema de la armonía de los modelos de desarrollo, o cómo armonizar las tensiones e inclusive contradicciones que se dan entre desarrollo económico y derechos humanos.

El mecanismo de debida diligencia es una herramienta que en teoría debe ser utilizada por las empresas para demostrar su compromiso con el respeto de los derechos humanos, y para que los titulares impactados negativamente por actividades empresariales ejerzan control y construyan la calidad de su argumentación respecto de la afectación de sus derechos, robusteciendo su defensa y protección.

De lo expuesto, sólo podemos concluir al respecto que la herramienta de debida diligencia tiene una intención de armonizar. Después de todo, la matriz de pensamiento del derecho internacional de los derechos humanos y su Carta Internacional son los sistemas democrático-liberales. Pero para poder aseverar que la armonía es

posible, es necesario que estas herramientas realmente se apliquen en la práctica por las empresas, de lo contrario son sólo declaraciones sin eficacia.

Consideramos que la herramienta de la debida diligencia amplía el debate en el ámbito de derecho mercantil o comercial, respecto del interés principal al que está orientada la institucionalidad del gobierno corporativo de la empresa. En el marco del desafío por armonizar modelos de desarrollo y la pregunta que queda sin respuesta, es claro que esta herramienta incide en que el interés de la propiedad accionaria de la empresa o *shareholders* ya no es el único foco de la gobernanza corporativa, la que requiere considerar el interés no sólo de los *stakeholders* para operar, sino también de otros sujetos.

En efecto, la debida diligencia exige que incorpore la perspectiva de los *right-holders*, contribuyendo de buena fe y efectivamente al desafío por armonizar las tensiones y contradicciones entre desarrollo económico y derechos humanos. La empresa debe, aplicando este instrumento *soft law*, abrirse a la posibilidad de que aun en cumplimiento de la normativa legal vigente para desarrollar su proyecto o actividad — como la obtención de resoluciones ambientales o derechos de agua o cualquier otro permiso sectorial—, es posible que su interés no pueda concretarse por no respetar los derechos humanos de las personas o comunidades. Aplicando la debida diligencia, demuestra comprender que los impactos negativos que genera en los derechos humanos inciden no sólo en su «licencia social» para operar, sino en la estabilidad de los regímenes democráticos y el desarrollo sostenible.

Referencias

- ALZARI, María José (2016). *Análisis de riesgos en derechos humanos*. Buenos Aires: Deloitte y CEADS.
- BAHAMÓNDEZ, Felipe (2002). «El rol de los abogados en los procesos de *due diligence* en la compra de empresas». *Revista Chilena de Derecho*, 29: 653-660. Disponible en <https://bit.ly/36UWxN4>.
- BARROS, Alonso y Judith Schönsteiner (2014). «Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos». *En Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014* (pp. 203-244). Santiago: UDP. Disponible en <https://bit.ly/3mT5gF3>.
- CANTÚ, Humberto (2017a). «Los desafíos de la globalización: Reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos». En Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas: Reflexiones desde América Latina* (pp. 37-83). San José: IIDH. Disponible en <https://bit.ly/36Rbmju>.

- . (2017b). «Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones». En Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina* (pp. 423-440). San José: IIDH. Disponible en <https://bit.ly/36Rbmju>.
- CARRILLO, Nicolás (2008). «Non-state actors' human rights obligations and responsibility under international law». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 15: 1-10. Disponible en <https://bit.ly/3lUgCXX>.
- . (2017). «Promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano». Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas: Reflexiones desde América Latina* (pp. 87-118). San José: IIDH. Disponible en <https://bit.ly/36Rbmju>.
- CHRB, Corporate Human Rights Benchmark Limited (2019). *Corporate human rights benchmark, 2019 key findings across sectors: Agricultural products, apparel, extractives & ICT manufacturing*. Disponible en <https://bit.ly/2VR8kFO>.
- DANIEL, Caitlin, Joseph Wilde-Ramsing, Kris Genovese y Virginia Sandjojo (2015). *Remedy remains rare*. Amsterdam: OECD Watch. Disponible en <https://bit.ly/36RdKXu>.
- FORTÍN, Carlos (2008). «Régimen jurídico del comercio internacional y derechos humanos: Una compleja relación». *Anuario de Derechos Humanos*, 4: 231-244. DOI: [10.5354/0718-2279.2011.13662](https://doi.org/10.5354/0718-2279.2011.13662).
- GALVIS, María Clara y Katia Salazar (2013). «Derechos humanos y desarrollo económico: ¿Cómo armonizarlos?». *Anuario de Derechos Humanos*, 9: 195-203. DOI: [10.5354/0718-2279.2013.27044](https://doi.org/10.5354/0718-2279.2013.27044).
- GÖTZAMANN, Nora, Tulika Bansal, Elin Wrzoncki, Catherine Poulsen-Hansen, Jacqueline Tedaldi y Roya Hovsgaard (2016). *Human rights impact assessment: Guidance and toolbox. Road-testing version*. Copenhagen: The Danish Institute for Human Rights. Disponible en <https://bit.ly/33Ndt67>.
- HERVÉ, Dominique, Judith Schönsteiner, Sylvana Mariangel e Ignacia Mewes (2012). «Empresas, medio ambiente y derechos humanos: La zona industrial de Quintero-Puchuncaví». En Alberto Coddou MacManus y Sergio Missana (coordinadores), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2012* (pp. 131-162). Santiago: Universidad Diego Portales.
- LETNAR, Jernej (2017). «Desarrollos internacionales recientes en el ámbito de los derechos humanos y las empresas». En Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas: Reflexiones desde América Latina* (pp. 137-156). San José: IIDH. Disponible en <https://bit.ly/36Rbmju>.
- LÓPEZ, Carlos (2017). «El camino hacia un instrumento jurídicamente vinculante en el área de empresas y derechos humanos: ¿De la responsabilidad social de la empresa a la responsabilidad legal de la empresa por vulneraciones a los derechos humanos?». En Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos huma-*

- nos y empresas: *Reflexiones desde América Latina* (pp. 119-135). San José: IIDH. Disponible en <https://bit.ly/36Rbmju>.
- NACIONES UNIDAS (2011). *Principios rectores sobre empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas. Disponible en <https://bit.ly/39OliMv>.
- . (2012). *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: Guía para la interpretación*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas. Disponible en <https://bit.ly/37GKRwo>.
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2018). *OECD due diligence guidance for responsible business conduct*. Disponible en <https://bit.ly/33OaHgQ>.
- PACTO GLOBAL CHILE (2018). *Sistema de integración de los principios de Pacto Global 2018*. Santiago: SIPP. Disponible en <https://bit.ly/2JMAkYH>.
- REDESCA, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Informe empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos*. Disponible en <https://bit.ly/2Jlys36>.
- SCHÖNSTEINER, Judith (2016). «Brechas de cumplimiento: El Estado, empresas y derechos humanos». En *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016* (pp. 123-171). Santiago: UDP. Disponible en <https://bit.ly/36PwJBQ>.
- THER, Francisco, Ricardo Álvarez, Francisco Brañas, Daniela Collao, Lorenzo Andrade, Claudia Torrijos, Carlos Hidalgo, Ericka Osses, Danny Leviñanco y Fernando Muñoz (2018). «Dimensionando el consumo de agua en las islas del mar interior de Chiloé». *Fogón: Revista Internacional de Estudio de las Tradiciones*, 1 (2): 8-27. Disponible en <https://bit.ly/36TjoKn>.
- THOMPSON, José (2017). «La evolución de los sujetos de obligaciones de derecho internacional de los derechos humanos: Del Estado al sector privado». En Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas: Reflexiones desde América Latina* (pp. 157-174). San José: IIDH. Disponible en <https://bit.ly/36Rbmju>.
- VANNUCHI, Paulo (2017). «Prefacio». En Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas: Reflexiones desde América Latina* (pp. 17-23). San José: IIDH. Disponible en <https://bit.ly/36Rbmju>.
- ZAGELMEYER, Stefan, Laura Bianchi y Andrea Shemberg (2018). «Non-State based non judicial grievance mechanism (NSBGM): An exploratory analysis». Manchester: The University of Manchester Alliance Manchester Business School. DOI: [10.13140/RG.2.2.32172.51843](https://doi.org/10.13140/RG.2.2.32172.51843).

Sobre los autores

SENEAD EVA BARRERA TRABOL es abogada. Licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Chile. Consultora en Red Pacto Global Chile. Asociada de la Corporación para el Estudio e Intervención en Género y Derechos Humanos Amatistas Chile, Chile. Su correo electrónico es senead.bt@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-0648-5240>.

MARÍA FRANCISCA GONZÁLEZ CANTIN es licenciada en Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Coordinadora de Gestión de Proyectos en Red Pacto Global Chile. Directora de la Corporación para el Estudio e Intervención en Género y Derechos Humanos Amatistas Chile, Chile. Su correo electrónico es fgonzalezcantin@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0001-5616-5873>.

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS

El *Anuario de Derechos Humanos* es una publicación semestral de referencia y consulta en materia de derechos humanos y campos afines. Busca ser un espacio de discusión de los temas centrales en el ámbito nacional e internacional sobre derechos humanos. Es publicado desde 2005 por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

EDITORA

Claudia Iriarte Rivas

ciriarter@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

anuariodh.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

anuario-cdh@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)