



La Debida Diligencia en el régimen de Empresas y derechos y sus implicancias en los mecanismos de reparación

By:

[Salvador Herencia-Carrasco](#)

July 13, 2020

La Debida Diligencia en el régimen de Empresas y derechos y sus implicancias en los mecanismos de reparación

(Due diligence in the business and human rights regime and its implications in reparation mechanisms)

English abstract

The purpose of this post is to examine the concept of due diligence. By building on a notion common to the fields of corporate law and human rights law, due diligence became a bridge for the business and human rights (BHR). In order to meet with the expectations from victims of corporate abuses, a BHR

due diligence must develop its proper concept, particularly in the field of reparations and access to remedies.

Keywords:

Business and Human Rights/ Due diligence/ Reparations/ Colombia

Introducción

El concepto de debida diligencia ha sido uno de los ejes para el desarrollo del régimen de empresas y derechos humanos (EDH). Tanto [los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos](#) (PR) como los [Lineamientos de la OCDE sobre Empresas Multinacionales](#) y sus [guías complementarias](#) han centrado sus esfuerzos en el desarrollo de recomendaciones para el desarrollo de normas estatales y políticas empresariales en materia de debida diligencia. Históricamente, es importante resaltar que su inclusión en los PR fue estratégica pues permitió que tanto el sector corporativo como el sector de derechos humanos puedan encontrar un punto de partida común. Sin embargo, el campo de aplicación de la debida diligencia en estos campos es distinto, por lo que el régimen de empresas y derechos humanos (EDH) tiene [la necesidad de desarrollar un concepto propio](#) que permita a las potenciales víctimas de abusos a los derechos humanos por la actividad empresarial, encontrar medidas de protección y reparación adecuadas.

La debida diligencia en el derecho corporativo y en los derechos humanos

La debida diligencia, tal cual ha sido planteado por otros colegas en el presente simposio, es un principio general de derecho que encuentra sus bases tanto en el derecho civil como en el *Common Law*, a través de la figura del [duty of care](#). De ahí la importancia de haber identificado esta figura como un punto estratégico en los PR (ver: Principios 13, 14 y 17).

Para el derecho corporativo, la debida diligencia tiene como propósito [medir el riesgo que representaría para una empresa el desarrollo de alguna actividad](#). Este riesgo -interno- está basado en el impacto que dicha operación tendría para la entidad y sus accionistas. Este impacto es diverso y puede medir

diversas variantes como valor, posicionamiento en el mercado y temas tributarios, entre otros. Piénsese por ejemplo en los casos de fusiones y adquisiciones empresariales. El elemento a destacar en este caso es que la debida diligencia es realizada para medir el riesgo y proteger a la entidad antes de realizar una actividad.

En el campo de los derechos humanos, el concepto de debida diligencia es distinto pues se refiere a un estándar de conducta que se espera (del actor estatal) con el fin de [adoptar las medidas necesarias para prevenir o sancionar los actos que afecten los derechos de las personas](#). Es decir, es un proceso -externo- que mide el impacto del accionar de un ente hacia terceros.

En el contexto de América Latina, se podría tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Desde el caso [Velásquez Rodríguez vs. Honduras](#) se usa el régimen de debida diligencia para determinar si el Estado actuó, valga la redundancia, diligentemente para prevenir o sancionar actos constitutivos de violaciones a derechos humanos, incluso cuando estos no fueran directamente atribuibles al actor estatal.

Como se puede observar, los enfoques son distintos. En el derecho corporativo el enfoque de la debida diligencia es interno, hacia la empresa mientras que para los derechos humanos, el enfoque es externo, centrado sobre el impacto hacia terceros titulares de derechos.

La implementación de la debida diligencia en el régimen de empresas y derechos humanos

De acuerdo [con la doctrina especializada](#), los PR combinan los enfoques de noción de riesgo -propio del derecho corporativo- con el de un proceso continuo-propio de derechos humanos. Este aspecto es importante pues la debida diligencia es un mecanismo que podría ser usado por las empresas para eximir o disminuir su responsabilidad ante el impacto negativo de sus actividades hacia los derechos humanos de las personas o comunidades.

Sin embargo, como dice el propio [comentario a los PR](#), “las empresas que ejerzan esa debida diligencia no deben asumir que de esa forma vayan a

quedar automática y plenamente exentas de toda responsabilidad por provocar o contribuir a provocar violaciones de los derechos humanos”. De ahí la importancia de que tanto las normas estatales como las políticas empresariales implementando la debida diligencia en derechos humanos y medio ambiente, vean esto como un proceso continuo y no meramente como un checklist.

El desafío para el régimen de EDH es determinar su propia noción de debida diligencia. El 2018, la Coalición Europea para la Justicia Corporativa (*European Coalition for Corporate Justice*) [publicó un informe](#) identificando tres “generaciones” de normas sobre debida diligencia en materia de derechos humanos:

- La primera generación se centró únicamente en el deber de reportar por parte de las empresas. Esto incluye la [Directiva 2014/95](#) de la Unión Europea sobre la divulgación de información no financiera de grandes empresas (*EU Non-Financial Reporting Directive*), así como la Ley sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud del Reino Unido ([UK Modern Slavery Act](#)) de 2015.
- La segunda generación serían las normas que incluyen este deber de reportar junto a una obligación de realizar debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de las empresas. La Ley de Holanda sobre el trabajo infantil ([Dutch Child Labour Due Diligence Act](#)), que aun no ha entrado en vigencia, caería en esta categoría.
- Finalmente, la tercera generación de normas serían aquellas que combinan la obligación de realizar debida diligencia en derechos humanos, junto con mecanismos de responsabilidad corporativa. La [Ley de Debida Diligencia](#) de Francia de 2017 sería el principal ejemplo hasta la fecha.

América Latina tiene que avanzar en legislaciones sobre la materia. Como lo estableció [una colega de este simposio](#), gran parte de los esfuerzos se han centrado en el desarrollo de Planes Nacionales de Acción pero sin mayor desarrollo normativo. Los Planes Nacionales de Acción son positivos pues permitirían la adopción de políticas integrales sobre la materia. Sin embargo, a medida que aumentan las demandas contra empresas por el impacto negativo que estos tienen sobre los derechos humanos, los tribunales se ven obligados a desarrollar sus propios desarrollos jurisprudenciales.

Debida Diligencia y atentados a oleoductos: El caso OCENSA de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

En diciembre de 2018, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia [decidió un caso de reparación extracontractual](#) en contra de la empresa OCENSA. El caso se remonta a 1998, cuando el grupo armado al margen de la ley del ELN explotó un oleoducto en la zona rural de Antioquia en octubre de dicho año. Este atentado, conocido como la [Masacre de Machuca](#), causó la muerte de 84 personas, además de diversos daños patrimoniales y ambientales. En el 2007, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia determinó la responsabilidad penal de los integrantes del ELN.

En el 2002, las víctimas y sus familiares demandaron a la empresa por daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Para las personas demandantes, la empresa había incurrido en responsabilidad civil extracontractual al haber construido el oleoducto en una zona de alto riesgo, tanto por las posibles alteraciones del orden público como por la falla en el diseño y ubicación del oleoducto. La CSJ determinó la responsabilidad de la empresa, ordenando el pago de 9.400 millones de pesos (aproximadamente 2.5 millones de dólares estadounidenses).

Lo interesante de este caso es que la CSJ determinó que la empresa sabía o debía haber sabido del peligro que la construcción de este oleoducto en una zona de conflicto podría representar para las personas. Al haber ignorado este contexto, e independientemente de la responsabilidad del ELN en este atentado, la empresa debió haber adoptado otra alternativa que no pusiese en tal riesgo a la población. Lo interesante de los argumentos de la defensa es que alegan que tanto el diseño como los estudios previos contaron con la autorización de la autoridad competente.

Sobre este caso, recuerdo que al momento que mi colega compartió el texto de la sentencia, el encabezado de su correo era: “el fallo que tiene al gremio empresarial con los pelos de punta”. No estoy seguro si él estaba [exagerando](#) pero demuestra la necesidad de pensar la debida diligencia en el contexto de EDH, a través de un marco normativo claro.

Conclusiones

Hoy existe un mayor consenso sobre la necesidad de que los Estados adopten normas que establezcan la obligatoriedad a las empresas de implementar normas de debida diligencia. Recientemente la Comisión Europea [ha anunciado](#) el inicio de elaboración de una norma comunitaria en debida diligencia, como complemento a las diversas iniciativas nacionales que se vienen dando en varios países de la Unión Europea.

En el ámbito de las Naciones Unidas, el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos está [por iniciar un proyecto](#) para medir la implementación de los PR a nivel global, la cual debería tener la debida diligencia como uno de los ejes centrales y hay expectativa sobre el impacto que un [eventual tratado de la ONU](#) para regular las actividades de las empresas multinacionales podrían tener sobre la debida diligencia, tal cual ha sido discutido en uno de los artículos en el presente simposio.

Sobre la base de lo anterior y dado la escasez de casos, es prematuro analizar el impacto que la debida diligencia puede tener para las presuntas víctimas. Pero en este momento que se viene discutiendo y diseñando el modelo regulatorio, quisiera culminar este post con algunas recomendaciones que podrían afectar el derecho a un recurso y a la reparación en el contexto de EDH:

- Tanto los PR como los lineamientos de la OCDE son esfuerzos positivos pero no pueden reemplazar el deber del Estado de regular la debida diligencia, por ser parte de la obligación de prevenir violaciones o afectaciones a los derechos humanos.
- Las normas estatales como las políticas empresariales en debida diligencia incorporen un enfoque de género y un enfoque para pueblos indígenas.
- Los planes de debida diligencia sean públicos y de fácil acceso, la cual debe tener una institución que monitoree su cumplimiento y adoptar los mecanismos para hacerlos efectivos.
- En el caso de empresas multinacionales, el acceso a mecanismos efectivos de reparación no pueden estar limitados a normas de jurisdicción o territorialidad. Los Estados deben asegurar que normas y políticas estatales den a las potenciales víctimas un recurso fácil y efectivo.

- En lo que corresponde a las víctimas, la debida diligencia deber ser una causal de eximente de responsabilidad pero a su vez, la carga de la prueba debe estar en la empresa. El Art. 4, núm. 16 del segundo borrador del proyecto de tratado sobre la materia va en esa línea. No tomar esto en cuenta implicaría poner una carga adicional que las víctimas no tendrían la capacidad de asumir.
-

* Director de la Clínica de Derechos Humanos del Centro de Investigación y Enseñanza en Derechos Humanos (HRREC) de la Universidad de Ottawa.
Twitter: @Sherencia77

View online: [La Debida Diligencia en el régimen de Empresas y derechos y sus implicancias en los mecanismos de reparación](#)

Provided by Afronomicslaw