

CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE Y DERECHOS HUMANOS

Normas vinculantes y debida diligencia

D. Pecse, A. Romero, F. Chunga, E. Vega, M. Cubides, J. Dador / E. Fernández-Maldonado (compilador)

CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE Y DERECHOS HUMANOS
Normas vinculantes y debida diligencia

Se permite la reproducción de este documento mencionando la fuente.

Compilador
Enrique Fernández-Maldonado

Autores
Dante Pesce González
María Isabel Cubides Sánchez
Amanda Romero Medina
Federico Chunga Fiestas
Eduardo Ernesto Vega Luna
Jennie Dador Tozzini

Coordinación de la publicación
Diego Alonso Navarro

© Universidad Antonio Ruiz de Montoya
Av. Paso de los Andes 970, Lima 21 - Perú
<https://www.uarm.edu.pe/>

© Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (Perú EQUIDAD)
Mariscal Miller 2182, Lince, Lima.
<https://equidad.pe/>

Primera edición. Agosto 2022.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2022-12800

Impreso en los talleres gráficos de Tangara E. I. R. L.
Jirón Huaraz 1747-614, Breña

Impreso en el Perú

ÍNDICE

- 4 **Presentación de Perú EQUIDAD**
Enrique Fernández-Maldonado
- 8 **Presentación de UARM**
Juan Dejo S.J.
- 13 **Prólogo: Sobre la obligatoriedad de la Debida Diligencia sobre Empresas y Derechos Humanos en Perú**
Dante Pesce González
- 19 **Hacia leyes nacionales de diligencia debida. Desafíos para la aplicación de los principios fundamentales de derechos humanos**
Amanda Romero Medina
- 37 **La debida diligencia empresarial obligatoria, el ineludible siguiente paso de la política pública peruana sobre empresas y derechos humanos**
Federico Chunga Fiestas
- 67 **Una ley de debida diligencia empresarial basada en evidencia y en el diálogo multiactor**
Eduardo Ernesto Vega Luna
- 85 **¿Legislaciones en materia de empresas y derechos humanos de nueva generación? Mirada comparada entre Francia y Perú**
Maria Isabel Cubides Sanchez
- 107 **Empresa y derechos humanos: El cuidado desde la perspectiva de género**
Ma. Jennie Dador Tozzini
- 124 **Anexo**
Proyecto de ley que regula la actividad empresarial y la debida diligencia en materia de derechos humanos y ambiente

Presentación

Sobre Conducta Empresarial Responsable y Derechos Humanos

La relación entre los derechos humanos y la actividad empresarial forma parte de los nuevos consensos globales que van incorporando –progresiva e inevitablemente– las sociedades contemporáneas. Una multiplicidad de Declaraciones, Principios Rectores y acuerdos marco en materia de empresas y derechos humanos, aprobados en las últimas décadas en diversos países y regiones, confirman la orientación de esta tendencia. Y si bien el terreno por recorrer es aún vasto y desafiante, lo cierto es que son cada vez más los actores públicos y privados que reconocen la necesidad e importancia de implementar regulaciones y marcos institucionales favorables al respeto y cumplimiento de los derechos humanos en las diversas dimensiones y facetas de la actividad productiva, extractiva o comercial de las empresas. Lo cual se refleja, por ejemplo, en el tenor que adopta el discurso público corporativo, donde resulta difícil encontrar posicionamientos abiertamente contrarios a estos valores universales que comienzan a ser percibidos como un desafío y una oportunidad para el actor empresarial.

Actualmente, el eje de la discusión global, regional y nacional sobre el vínculo entre empresas y derechos humanos se ha centrado en la naturaleza que adoptan (o debieran adoptar) las políticas, instrumentos y sistemas que regulan la actividad empresarial en su relación con el Estado, la sociedad, el cambio climático, las relaciones laborales, la equidad de género, los derechos de las minorías, la sostenibilidad del medio ambiente, etc. De manera específica, el centro de la discusión política sobre la Conducta Empresarial Responsable –para usar la terminología de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)– y los derechos humanos, radica en los tipos de mecanismos legales y de gestión corporativa que se requieren para

asegurar la coherencia, consecuencia y alineamiento de la acción empresarial con este enfoque y su materialización en sistemas de gestión de riesgos implementados y evaluados por todos los actores implicados.

En el foro de las Naciones Unidas, esta discusión se viene dando en el Consejo de Derechos Humanos en torno a la aprobación de un Tratado Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos. Y de manera específica, sobre si este Tratado debe establecer regulaciones de carácter vinculante u obligatorias para las empresas, así como los ámbitos de la cadena de valor que alcanzaría su aplicación. En simultáneo, la Comisión Europea viene debatiendo una directiva para regular la debida diligencia empresarial en la cadena de valor de las empresas europeas. Ambos procesos miran con atención las experiencias de países como Francia, Noruega, Países Bajos y Alemania, donde la implementación de sendas leyes sobre debida diligencia empresarial marca la pauta de lo que es aconsejable o viable hacer para promover y asegurar buenas prácticas empresariales basadas en la debida diligencia.

En el Perú, este debate ha adquirido especial relevancia en razón del desastre ecológico producido por la multinacional española REPSOL en enero del 2022, en la costa norte de Lima. El derrame de casi 11,000 barriles de crudo al litoral peruano, que duró varias horas y afectó las condiciones de vida de miles de familias residentes en la zona, puso en evidencia –en este caso específico– la ausencia, no solo de un análisis de riesgos de sus operaciones, sino sobre todo, la ineficacia (o inexistencia) de los protocolos de prevención y acción inmediata para este tipo de contingencias, lo que se agravó posteriormente con el manejo irregular de las medidas de remediación y mitigación



a las víctimas. Lamentablemente, REPSOL está lejos de ser un caso aislado. Existe en el medio evidencia suficiente sobre un embalse de malas prácticas empresariales que afectan la calidad de vida y la organización social de diversas comunidades y grupos poblacionales del país¹.

En este contexto, surge la necesidad imperiosa de avanzar en la promoción de lo que Naciones Unidas definió –en el marco de los *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (2011)*– como la práctica de la Debida Diligencia Empresarial. Se trata de un enfoque que plantea a las empresas exigencias que van más allá de lo que habitualmente se entiende por responsabilidad social empresarial o corporativa (basada en un esquema de autorregulación voluntaria y contribuciones esencialmente filantrópicas), incorporando mecanismos vinculantes en materia de prevención, protección, mitigación y remediación de los impactos negativos sobre los derechos humanos. Este enfoque adquiere relevancia y constituye un desafío cuando la Debida Diligencia aparece asociada a la implementación de mecanismos de obligatorio cumplimiento que pueden operar como elementos disuasorios para empresas carentes de diligencia y de voluntad para anticipar potenciales afectaciones a los derechos humanos y establecer medidas preventivas y de remediación.

Las enormes brechas y déficit de debida diligencia empresarial en derechos humanos registrados en el país, han llevado a que las organizaciones que conforman la Plataforma de Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos (PSCEDH) –conjuntamente con la representación sindical e indígena de la mesa multiactor conformada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH) para elaborar el Plan Nacional de Acción sobre Em-

1 Para aproximarse al impacto en los derechos humanos por parte de las empresas se pueden revisar los informes sobre empresas chinas, españolas, chilenas y alemanas elaborados por Perú EQUIDAD, entre los años 2018 y 2022, y que están disponibles en el sitio web institucional: www.equidad.pe

presas y Derechos Humanos (PNAEDH) de Perú-, asuman como una meta común impulsar la aprobación de una *Ley para regular la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en materia de Derechos Humanos y Ambiente en el Perú*. Objetivo que se enmarca dentro de las acciones estratégicas incluidas por consenso -incluyendo el acuerdo empresarial- en el PNAEDH (número 30) y que están en sintonía con las aspiraciones y expectativas de diversos colectivos, sectores y organizaciones de la sociedad civil peruana.

Para contribuir con estos esfuerzos, el Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (Perú EQUIDAD) y la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM) se complacen en compartir la presente publicación *Conducta Empresarial Responsable y Derechos Humanos. Normativa vinculante y Debida Diligencia*, en la que esta compleja pero incuestionable relación es abordada por un grupo de especialistas de Perú y la región, quienes, desde perspectivas y experiencias diversas, nos comparten sus reflexiones sobre los alcances, retos y desafíos que supone la configuración de un marco institucional favorable al cumplimiento de los derechos humanos por parte de las empresas.

Como ya es habitual, agradecemos también en esta ocasión el generoso apoyo de nuestras organizaciones aliadas 11.11.11, Brot für die Welt (Pan para el Mundo) y OXFAM por su contribución para la elaboración de esta publicación. Igualmente, quedamos agradecidos con las y los especialistas que compartieron sus reflexiones con las instituciones editoras. Estamos plenamente convencidos de la valía e importancia de sus esfuerzos.

Enrique Fernández-Maldonado
Programa de Empresas y Derechos Humanos
Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (Perú EQUIDAD)

Presentación

Para la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM) la publicación del presente libro que reúne artículos de expertos y expertas internacionales en materia de empresas y derechos humanos de Perú, México, Chile y Colombia es de suma importancia. En primer lugar, porque contribuye significativamente a impulsar el diálogo multiactor en nuestro país, tan escaso, pero a la vez tan necesario para fortalecer la confianza de la ciudadanía en el Estado y para contribuir a la legitimidad y eficacia de acciones de política pública que garanticen por igual los derechos de todos sus ciudadanos y ciudadanas. Esto es mucho más relevante porque este diálogo se produce en torno a un componente central del desarrollo sostenible que queremos para nuestro país y de cuya discusión la ciudadanía ha estado ausente en las últimas décadas: el deber de las empresas de respetar los derechos humanos en el ámbito de sus actividades empresariales. Y más aún, porque aborda la necesidad de contar con una norma que obligue a las empresas a actuar con debida diligencia en esta materia, en el marco del proceso de implementación de un instrumento de política pública fundamental para garantizar que las empresas respeten los derechos humanos, el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025 (PNA).

En segundo lugar, porque esta publicación es producto de una coedición, de un esfuerzo compartido entre el Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (Perú EQUIDAD) y nuestra universidad, a través de su Dirección de Investigaciones y de su Carrera de Derecho. Esta unión de voluntades institucionales es reveladora del compromiso de la Academia y de las organiza-

ciones de la sociedad civil para establecer alianzas estratégicas que promuevan cambios sustanciales a favor de las personas y grupos más vulnerables, mediante su labor de incidencia en las políticas públicas.

Ambas instituciones, además, han tenido una participación permanente e intensa en el proceso de elaboración e implementación del PNA, impulsando, primero, entre fines de 2017 e inicios de 2018, la aprobación del Lineamiento N° 5 del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, mediante el cual el Estado peruano se comprometió formalmente por primera vez a incorporar en sus políticas públicas los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos a través de un PNA.

Para contribuir con el cumplimiento de ese primer compromiso, a través de su Instituto de Ética y Desarrollo, y con el apoyo de la Unión Europea, la UARM publicó a fines de 2018 el estudio denominado “Empresas y Derechos Humanos en América Latina: la experiencia de elaboración de los planes de acción en Chile, Colombia y México”, que sistematizó la experiencia de estos tres países, pioneros en la región en la elaboración de este tipo de planes nacionales, a partir de lo cual brindó recomendaciones al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ente rector de la política, y a los actores involucrados, para fortalecer el proceso de elaboración del PNA, que inició formalmente en enero de 2019.



Como parte de la mesa multiactor, que al final del proceso llegó a estar conformada por 132 instituciones, la UARM, también a través de su Instituto de Ética y Desarrollo, contribuyó, con el apoyo de la Embajada de Suiza y de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, con la elaboración de documentos de investigación en cinco de los 23 temas de diagnóstico priorizados: trabajo infantil; transparencia, integridad y lucha contra la corrupción; personas defensoras de derechos humanos; pueblos indígenas y consulta previa; y conflictividad social. La universidad también aportó con sus observaciones y comentarios en los otros 18 documentos. La participación en la etapa de diagnóstico, y luego en la elaboración de las acciones indicadores y metas, constituyó una oportunidad privilegiada para que la universidad articulara con instituciones estatales, organizaciones internacionales, sector empresarial, pueblos indígenas, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil, en torno a una política pública ampliamente participativa, basada en el diálogo entre iguales y, por otros varios motivos, inédita en el Perú. Finalmente, ese esfuerzo de colaboración entre múltiples actores dio lugar a la aprobación del PNA, en junio de 2021, a través del Decreto Supremo N° 09-2021-JUS, durante la gestión como Ministro de Justicia y Derechos Humanos de Eduardo Vega Luna, actual director de la Escuela de Derecho de la UARM, y uno de los autores del presente libro.

Esa articulación multiactor ahora es reforzada con la presente publicación, que se inscribe en el proceso de implementación del PNA, a año y medio de su puesta en vigencia y que aborda el que, según la tendencia global, debería ser uno de los próximos pasos en el fortalecimiento de la política pública

sobre empresas y derechos humanos de nuestros países, la propuesta de una ley de debida diligencia empresarial obligatoria, una de las acciones (la N° 30) previstas en el PNA. Este tipo de leyes empezaron a ser adoptadas desde 2017 en Europa, y Perú es el primer país en América Latina que lo ha colocado formalmente en su agenda de política pública.

Por ello es tan relevante que la Plataforma de Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos (PSCEDH) haya presentado una propuesta concreta, con el fin de iniciar ese diálogo necesario y que haya solicitado, como primer paso, la opinión sobre ella de los expertos Dante Pesce, de Chile; María Cubides, de México; Amanda Romero, de Colombia; y Eduardo Vega, Jennie Dador y Federico Chunga, de Perú, que ponemos a disposición de toda la ciudadanía a través del presente libro.

La UARM se congratula de seguir apoyando y participando de estos esfuerzos y reitera su compromiso de continuar contribuyendo con este proceso indispensable de fortalecimiento de la cultura de derechos humanos en nuestro país.

Lima, diciembre de 2022

Juan Dejo S.J.
Director de Investigación
Universidad Antonio Ruiz de Montoya





Prólogo

Sobre la obligatoriedad de la Debida Diligencia sobre Empresas y Derechos Humanos en Perú

Dante Pesce González

El hecho que los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos fueran aprobados de manera unánime por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el año 2011, después de 6 años de negociación, le otorga una indiscutible legitimidad al tener ese nivel de respaldo político, aumentando significativamente la probabilidad de éxito en su implementación efectiva. Este proceso de búsqueda deliberada de acuerdo político, permitió movilizar a muchos otros actores, que, a pesar de sus legítimas dudas y resistencias, permitió contar con un respaldo, aunque cauto, de la mayor parte de ellos.

Las renuencias empresariales se centran en la existencia misma de regulaciones en este ámbito, en ocasiones originadas en posturas más bien ideológicas, que basadas en la evidencia. El empresariado frecuentemente reclama mayor certeza jurídica, contar con una “cancha nivelada”, que permita competir en igualdad de condiciones y limitar las posibles arbitrariedades



del Gobierno. El multilateralismo busca precisamente lograr este objetivo político, mayor certeza jurídica global, “cancha nivelada” para competir en condiciones de mayor igualdad y limitar las posibles intervenciones arbitrarias de gobiernos. Ejemplos concretos de lo descrito hay muchos, como son la calidad misma, inocuidad alimentaria, la protección de inversiones, todos los acuerdos provenientes de la OCDE, el convenio 169 de la OIT y recientemente el acuerdo de Escazú, entre otros. En materia de derechos humanos y empresa, son los Principios Rectores de la ONU lo más significativo y emblemático.

Por otra parte, desde la vereda de los actores de la sociedad civil, sindical, de pueblos indígenas y otros, también existían desconfianzas, originadas principalmente en la percepción de que la naturaleza de “soft law” de los Principios Rectores los haría en la práctica, inútiles. Si bien los Principios Rectores siempre propiciaron la existencia de una “mezcla inteligente” de soft y hard law, lo cierto es que los primeros años de implementación, las políticas públicas fueron, en su mayoría, de carácter voluntario, con algunos incentivos y muy pocas consecuencias asociadas al incumplimiento.

Lo anterior dejó en evidencia que existía la necesidad de demostrar, en la práctica, que las resistencias de unos y otros estaban equivocadas, de lo contrario, los Principios Rectores estaban condenados a desaparecer como oportunidad, debido a su falta de eficacia.

Al cumplirse 10 años de los Principios Rectores, se realizó una evaluación que contó con la participación de miles de personas en todo el mundo. Estos colaboradores permitieron contar con 220 contribuciones escritas, 70 consultas y más de 100 entrevistas de diferentes stakeholders. La conclusión más importante de la información obtenida fue la constatación que los Derechos Humanos, con la Debida Diligencia en su corazón, pueden y deben ir de la mano de las actividades empresariales. Además, se constató que los Principios Rectores son reconocidos indiscutiblemente como un instrumento valioso, útil y que está contribuyendo a construir un nuevo escenario para el respeto de los derechos humanos por parte de empresas.

Estos resultados se explican al observar que los Principios Rectores se encuentran aceptados y por lo tanto integrados por ejemplo en Planes Nacionales de Acción, normas de la OIT y la OCDE entre otras, políticas públicas en diversos países de Europa, las Américas, Japón y China. Finalmente, lo más crítico para la publicación de una ley de debida diligencia, que transite

del soft al hard law, ya se observa como una realidad en algunos países donde ya es parte de su jurisprudencia, destacando Francia, Noruega, Alemania y la Unión Europea.

El Objetivo 16 de los ODS que habla de paz, justicia e instituciones sólidas es un denominador común en aquellos países en los que se ha evolucionado de enfoques no vinculantes a uno vinculante. El hecho de contar con un Estado de Derecho, instituciones suficientemente sólidas sobre las cuales se puedan asociar objetivos políticos y su respectiva legislación que cuente con adecuados medios de implementación son factores claves para el éxito de gobiernos y empresas en temas de Derechos Humanos. Propiciar la coherencia de políticas públicas, liderar con el ejemplo desde las actividades económicas bajo control del Estado (Ej. Empresas estatales, compras públicas, etc), contar con una “mezcla inteligente” de acciones que recompensen a los pioneros y penalicen a los que no cumplan sus compromisos u obligaciones, la capacidad de evaluar la efectividad de su implementación con la finalidad de mejorar son medidas que no requieren necesariamente de una legislación especial, pero permiten generar las condiciones de aceptación de políticas públicas vinculantes, como una forma de “nivelar la cancha” y “normalizar” prácticas de los precursores.

Un segundo elemento que caracteriza los impulsos legislativos en este tema de los Derechos Humanos y las empresas es el amplio nivel de consenso que han concitado. En el caso de Alemania y a pesar de la resistencia inicial, principalmente de una parte del sector empresarial, se promovió un diálogo nacional sobre la Debida Diligencia obligatoria, contando con el rol activo de la sociedad civil, algunas empresas y el conjunto de Iglesias cristianas del país, entre otros. El Consejo de Ministros de la coalición de gobierno, liderada por la Canciller Merkel y representando 2/3 del electorado, aprobó por unanimidad la política alemana, la que será implementada gradualmente a partir del 1 de enero del 2023. Hoy en día, su puesta en práctica no está siendo cuestionada por ningún sector. Naturalmente el empresariado acepta y contribuye a ejecutar la ley. Se están diseñando los medios de acompañamiento de su puesta en práctica, incluyendo por ejemplo fortalecer el “Help-desk” que ya existe para la activación de su Plan Nacional de Acción dentro de Alemania, desarrollar capacidades en la Cámaras bi-nacionales de comercio y en las propias empresas que deberán cumplir con esta ley.

En el caso de la Unión Europea, el proceso tiene similitudes. Se constituyó un comité dentro del parlamento europeo, incluyendo representantes de las



4 “familias políticas” principales. Luego de una amplia deliberación dentro de Europa, la propuesta fue presentada para su votación, recibiendo 80% a favor y sólo 8% en contra. Liberales (ej. Macron), Demócrata Cristianos (Ej. Merkel), Socialistas (Ej. Sánchez) y los Verdes (hoy parte de las coaliciones de Alemania y Finlandia) dieron sus votos favorables. Con este enorme mandato político, la Comisión Europea ha propuesto un borrador de legislación y está desarrollando el conjunto de medidas de acompañamiento a su implementación.

Ambos esfuerzos descritos señalan al gobierno corporativo de las empresas como el responsable de actuar de buena fe y hacer un esfuerzo razonable para prevenir las afectaciones negativas a las partes interesadas. Señalan una obligación de medios y no de resultados. Cumplir con la legislación no garantiza que no haya impactos negativos. No es una legislación maximalista ni contempla sanciones de tipo criminal. A diferencia de Alemania, la UE ha señalado explícitamente los riesgos y las consecuencias negativas no deseadas de la implementación de su Ley o “Directriz”, como por ejemplo la desinversión, rehuir de participar en sectores productivos, productos, países y pymes riesgosos en asuntos de derechos humanos. Lo anterior como una forma de mitigar riesgos para la empresa, pero aumentando de paso el riesgo para los sujetos de derecho locales, quienes quedarán expuestos a las malas prácticas de quienes sí estén dispuestos a operar en esas condiciones. Es de esperar que surjan medidas de mitigación, las que aún no han sido presentadas.

En el caso de Perú, considero que han tenido el mejor proceso del mundo, conducente a un Plan Nacional de Acción sobre empresas y derechos humanos. El que haya sido un proceso muy participativo, inclusivo y sumando actores con poca o mala experiencia en buscar soluciones conjuntas es un punto de partida extraordinariamente importante. Probablemente sea este hecho el que está logrando que este Plan de Acción Nacional (PAN) de Perú pueda transitar de un gobierno a otro de signo político contrario sin cuestionamientos. Sin duda es una señal de la indispensable institucionalización que las políticas en empresas y derechos humanos deben aspirar a lograr.

La viabilidad de un esfuerzo legislativo con aceptación transversal se jugará en la implementación efectiva de lo que ya propone el PAN. Existen muchas posibilidades de ir avanzando hacia la obligatoriedad, por ejemplo, fortaleciendo el rol de los reguladores de sectores productivos y de servicios, promover el liderazgo con el ejemplo, y en última instancia, comprometerse

a implementar lo que ya ha sido concordado y comprometido. Es decir, demostrar en la práctica que existe voluntad política real de implementar “lo menos”, como precedente de la negociación e implementación de “lo más”.

Un factor importante a considerar es el hecho de que el poder legislativo cuente con las herramientas necesarias para evitar el “exceso de creatividad”, alejando la legislación de los Principios Rectores y de su espíritu. En Europa, los términos de referencia incluyen no salirse en lo absoluto de los Principios Rectores y de la Directrices de la OCDE, como punto de partida. Este es un aspecto central del acuerdo amplio que se está logrando. Se trata de robustecer la implementación del Principios Rectores, pero no de reinterpretarlos y menos de reescribirlos.

El PAN de Perú ya considera la posibilidad de legislar, por lo que el esfuerzo que está haciendo la plataforma de la sociedad civil se puede convertir en la base de una discusión nacional, conducente a la obligatoriedad del ejercicio de la debida diligencia. Sin duda que en el resto de Latinoamérica seguiremos con interés este proceso, que podría perfectamente e incluso deseablemente, escalar a toda la región, tal como ha ocurrido en Europa. Podría ser un nuevo Escazú o quizás un Escazú perfeccionado, expandiendo su alcance a los derechos humanos y a toda nuestra región.





Hacia leyes nacionales de diligencia debida. Desafíos para la aplicación de los principios fundamentales de derechos humanos

Amanda Romero Medina

En este artículo abordo la forma en que la cuestión de la responsabilidad empresarial se ha asumido en las instancias internacionales de derechos humanos, reflexionando en especial sobre los obstáculos que representa para las víctimas el acceso a la justicia en contextos empresariales y las formas como diversos factores contextuales se combinarían para poder lograr una legislación específicamente dirigida a lograr que las empresas rindan cuentas por la vulneración de derechos humanos y de la naturaleza.



El recorrido del debate mundial sobre empresas y derechos humanos

El discurso construido tras el fracaso de los debates en las Naciones Unidas a comienzos del presente siglo de las Normas sobre empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos, en 2003¹, giró alrededor de los tres pilares que conformaron los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos. Diez años después se reconoce que estos principios aprobados unánimemente por los Estados constituyen una base de mínimos que todos los actores involucrados, en particular, las empresas, deben respetar para garantizar los derechos de las víctimas de operaciones, servicios y productos de las empresas, sean públicas o privadas, independientemente de su tamaño y nacionalidad o sector.

Una gran cantidad de estudios, artículos y medidas surgidas alrededor de los Principios Rectores se centraron en el análisis del Pilar 1, referido a las obligaciones de los Estados respecto de su deber de proteger a la población frente a violaciones o abusos de derechos humanos cometidos por las empresas, en desarrollo de los marcos legales y constitucionales que se basan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es decir, se entendía que los Principios Rectores tenían por fundamento y se complementaban con el marco internacional de protección de derechos humanos, específicamente, las normas vinculantes contenidas en numerosos tratados de derechos humanos ratificados por los Estados y que son prevalentes sobre el derecho nacional o doméstico en la mayoría de los países.

Una de las tareas del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos consistió en desarrollar análisis temáticos y metodológicos para ayudar a los Estados a comprender el alcance, dimensiones y recomendaciones prácticas sobre las mejores formas de llevar a cabo la plena incorporación y realización de los derechos humanos por las empresas.

En respuesta a las iniciales recomendaciones del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos se promovieron los planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos (PNA), cuya intención era constituirse en políticas públicas para el control y regulación de las empresas en materia de derechos humanos.

1 Ver el texto discutido y abandonado en 2003: https://www.ifef.es/portalempleo/pdf/rsocial/normativa/internacional/derechos_humanos.pdf

En el mismo período diversos órganos de tratados se pronunciaron para reforzar el argumento de que los Principios Rectores tienen por base el marco internacional de los derechos humanos. El Comentario General 16 del Comité de Derechos del Niño (2013), por ejemplo, retoma las obligaciones estatales de respetar el principio del interés superior del niño en contextos empresariales, incluyendo el deber de vigilar que los productos de las empresas y sus servicios no afecten de modo alguno a la infancia y la adolescencia².

En 2017, el Comité de expertos que vigila el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales produjo su Observación General N.º 24, “Sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en contextos empresariales”. En este documento, el Comité recalcó que:

...16. La obligación de proteger entraña el deber positivo de adoptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de vulneración de los derechos del Pacto, evitar que se conculquen esos derechos y responder de las consecuencias negativas que hayan provocado o contribuido a provocar sus decisiones y operaciones y las de las entidades que controlan en el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto. Los Estados deberían adoptar medidas como imponer los requisitos de la diligencia debida para prevenir las violaciones de los derechos del Pacto en la cadena de suministro de las empresas y por parte de los subcontratistas, proveedores, franquiciados u otros socios comerciales. (Comité PIDESC, 2017).

Al mismo tiempo, mecanismos e iniciativas a lo largo de la década también encaminaron ingentes recursos y conocimiento experto para llevar a cabo acciones que tradujeran el Pilar 2 de los Principios Rectores, relativos a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos a prácticas internas de la actuación corporativa, tales como la formulación de declaraciones y políticas de derechos humanos, la capacitación del personal,

2 En relación con las medidas legislativas, reglamentarias y de aplicación (p.15), el Comentario General establece que: “La legislación y la reglamentación son instrumentos indispensables para garantizar que las actividades y las operaciones de las empresas no incidan negativamente en los derechos del niño ni los vulneren. Los Estados deben promulgar leyes que den efecto a los derechos del niño por terceras partes y que proporcionen un entorno jurídico y reglamentario claro y previsible que permita que las empresas respeten los derechos del niño. Para cumplir su obligación de adoptar medidas legislativas y reglamentarias apropiadas y razonables para garantizar que las empresas no infrinjan los derechos del niño, los Estados deberán reunir datos, pruebas y estudios para identificar los sectores empresariales específicos que sean motivo de preocupación”. (Comité de Derechos del Niño, Comentario General 16, 2013, disponible en: <https://www.unicef.org/peru/media/2566/file/Comit%C3%A9%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o:%20Observaci%C3%B3n%20general%20N%C2%BA%2016.pdf>).



la creación de escenarios multiactor para el diálogo con los Estados y otros actores interesados y la incorporación de los Principios Rectores de la ONU en marcos voluntarios o regulatorios ya existentes, como las Líneas Directrices de la OCDE³ para empresas multinacionales, o la producción de guías sectoriales, generales y regionales en diversos idiomas, cuyo objetivo era la sensibilización y orientación a las empresas para la inclusión de los derechos humanos en sus prácticas cotidianas, en especial las relativas a las relaciones con las comunidades locales en las que intervienen.

Sin embargo, pese a los esfuerzos que desde 2016 comenzó a desplegar la Oficina de la Alta Comisionada de la ONU para los derechos humanos para desarrollar los documentos e informes producidos por el entonces Representante Especial del Secretario General sobre las empresas y los derechos humanos, John Ruggie y los del Grupo de Trabajo del mismo tema, la última década ha visto el aumento de las denuncias de las organizaciones de la sociedad civil por las consecuencias negativas del accionar empresarial, revelando que el Pilar 3, sobre remediación o reparaciones a víctimas de conductas empresariales, sigue siendo uno de los aspectos sin abordar y que los casos siguen aumentando cada día⁴.

Ante la impotencia de Estados que son llevados a cortes de arbitraje por empresas, de víctimas individuales y colectivas afectadas en sus derechos al trabajo, a la salud, al ambiente sano y, en particular, con efectos desproporcionados en las mujeres, la niñez, los pueblos indígenas, afrodescendientes y campesinos, que recurrían a tribunales nacionales o extraterritoriales para buscar acceso a la justicia, desde 2014 se conforma, por iniciativa del Estado ecuatoriano y con el apoyo de otros estados del Sur Global, el Grupo de Trabajo Intergubernamental con el objetivo de crear un instrumento jurídicamente vinculante en el seno de la ONU que proteja a las víctimas de las empresas.

Tras ocho años de labores, en la actualidad se cuenta con un borrador sometido a la discusión de los países miembros de la ONU, cuyo contenido recoge, en buena medida, las recomendaciones y exigencias de las organizaciones de la sociedad civil mundial para hacer frente a la pérdida de medios de vida, destrucción ambiental, muertes por enfermedades producidas por la contaminación, o ataques contra las libertades y derechos de la población que

3 Actualizado en noviembre de 2011 para ese fin.

4 Según lo constata la labor del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, CIEDH: www.business-humanrights.org/es

cuestiona o se opone al avance de proyectos de gran envergadura cuyos impactos quedan en la impunidad.

La legislación nacional sobre empresas y derechos humanos

Como lo ha sostenido el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, diez años de los Principios Rectores no permite aún hacer una valoración positiva sobre verdaderas transformaciones en las vidas y ecosistemas afectados negativamente por las empresas:

...Cuantificar el “éxito” de los Principios Rectores es básicamente un ejercicio inútil: no solo diez años son un abrir y cerrar de ojos en el “tiempo internacional”, sino que un ejecutivo de empresa se centrará en los muchos avances positivos que han tenido lugar durante el decenio, mientras que las víctimas que sufren abusos relacionados con las empresas verán los muchos desafíos a los que todavía se enfrentan. (...). La persistencia de los abusos relacionados con las empresas es una gran preocupación y una fuente de profunda frustración, y debería ser una cuestión de atención prioritaria urgente para los Estados y las empresas. El último decenio ha puesto de manifiesto lo que se dice en los Principios Rectores: los enfoques voluntarios no son suficientes por sí solos. El aumento de las medidas obligatorias acelerará sin duda tanto la aceptación como los progresos. Al mismo tiempo, la experiencia de muchos decenios ha demostrado que las medidas legales son fundamentales pero no suficientes para asegurar el respeto de los derechos humanos por las empresas. (GT ONU, 2021, VII, 113-114, p.24).

Por consiguiente, en ese marco de debates mundiales, desde hace unos cinco años comenzaron a producirse iniciativas legislativas y desde la sociedad civil en algunos países europeos, que han llevado a la aprobación de leyes nacionales en Francia (Ley del deber de vigilancia de 2017), Noruega (2021), Suiza (2022), Alemania (2021, pero en vigor hasta 2023), y, más recientemente, la Unión Europea anunció (23 de febrero de 2022), que producirá una directiva sobre el deber de diligencia debida obligatoria en derechos humanos en las cadenas de suministro.

¿Por qué se están produciendo leyes nacionales de diligencia debida en materia de derechos humanos y empresas? No solamente porque los instrumentos



voluntarios han demostrado ser inocuos para muchos casos que involucran graves incidentes causados por empresas, sino porque los casos de demandas (civiles, penales, administrativas, de tribunales de arbitraje) se han ido multiplicando, en la medida en que las actuaciones empresariales dejan tras sí la destrucción ambiental, la pérdida de vidas humanas, personas trabajadoras lesionadas, desempleadas o demandadas por reclamar sus derechos.

Entonces, por un lado, la explicación nos remite a la proliferación de litigios en diversas instancias nacionales e internacionales, de víctimas que buscan reparaciones. La inexistencia de tipologías de delitos, sanciones e instancias que reconozcan a los terceros, como las empresas, como sujetos susceptibles de ser sometidos a la ley, como es el caso de América Latina, dificulta, en gran medida, la posibilidad de llevar a las empresas y sus representantes ante la justicia, con algunas pocas excepciones, como veremos más adelante.

Para poder responder a este vacío, algunos operadores de justicia han recurrido a judicializar los Principios Rectores de la ONU mediante su uso dentro de decisiones que involucran a empresas; igualmente, lo hacen recientes recomendaciones y sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aunque esos enfoques presentan muchas limitaciones:

...En un importante informe encargado por el Grupo de Trabajo se examinó el alcance y el efecto de los Principios Rectores en las decisiones de los mecanismos judiciales y cuasi judiciales regionales y nacionales de más de 50 jurisdicciones. Se constató que esas referencias eran limitadas, puesto que los órganos judiciales resuelven las reclamaciones sobre la base de las leyes nacionales y los Principios Rectores no adoptan la forma de legislación nacional. Sin embargo, América Latina ha sido la región más activa en el uso de los Principios Rectores, con varios tribunales nacionales, entre ellos los tribunales constitucionales de Colombia y el Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han hecho referencia expresa a ellos en sentencias u otras resoluciones judiciales. Más interesante aún, en el estudio se constató que la ausencia de referencias por un órgano judicial o cuasi judicial no significa, per se, que los propios Principios Rectores no se estén aplicando y respetando. Más bien, cada vez que uno de esos órganos ofrece una vía y un resultado de reparación por el incumplimiento por una empresa de las disposiciones de derechos humanos está respetando los Principios Rectores. (GT ONU, 2021, C, 98, p.21).

¿A qué marcos jurídicos apelan, entonces, los tribunales de justicia cuando se trata de empresas? De acuerdo con el estudio de Cantú Rivera et al (2022):

En la actualidad, es muy escasa la legislación a nivel local que regule un mecanismo judicial específico (por materia jurídica y/o global) para estudiar casos donde se ponga en controversia la responsabilidad jurídica de las empresas. Sin embargo, como bien lo destaca este estudio, existen mecanismos en la legislación civil, administrativa, constitucional, ambiental, penal y de contrataciones públicas que regulan la posibilidad de estudiar estos casos. Las especialidades son diversas y dependen de las pretensiones jurídicas que se demanden o denuncien para elegir un mecanismo judicial de reparación específico. En estos casos, es importante que la legislación que regule cada una de las diversas materias legales a nivel interno de los Estados sea lo suficientemente concreta – para evitar los conflictos competenciales entre los diversos órganos judiciales que podrían evaluar o estudiar un caso –, y esté preparada para recibir casos con un alto nivel de complejidad, como lo son aquellos en donde están involucradas las empresas.(Cantú Rivera, ed., 2022, pp.15-16)

En otras palabras, lo anterior plantea que, pese a no existir legislaciones particulares sobre empresas y derechos humanos, las víctimas sí recurren a lo que el Grupo de trabajo de la ONU denomina “combinación inteligente”, es decir, recurren a acciones legales y extralegales que apelan a los marcos jurídicos existentes en sus países y a los mecanismos extralegales, tanto estatales como de las empresas, con el propósito de hallar respuesta a sus necesidades y reclamos de justicia.

Pero, por el otro, el hecho de que se registren avances legislativos que regulen explícitamente a las empresas, nos puede remitir a otras explicaciones, como que las normas aprobadas sean en realidad obstáculos para impedir la aprobación de una convención internacional que regule la rendición de cuentas de las empresas, aduciendo que ya exista una norma de carácter interno en los países que sea suficiente e implique menos obligaciones para los Estados respecto de su deber de proteger, para las empresas (sobre todo las de carácter transnacional), en relación con su obligación de respetar los derechos humanos y, sobre todo, de los Estados, en conjunto con las empresas, de reparar los daños.



Las empresas como “nuevo” actor del derecho internacional de los derechos humanos

Aún sin vislumbrar cuál será su impacto de la implementación de leyes nacionales en la aprobación o no de un tratado internacional como el que impulsa el Grupo de trabajo intergubernamental, liderado por Ecuador, la realidad es que el reconocimiento de las empresas como nuevo sujeto del derecho internacional de los derechos humanos (gracias a los Principios Rectores de la ONU y otras disposiciones que aluden a su responsabilidad de respeto), la posibilidad de legislar específicamente sobre el tema sí permite un recurso para las víctimas, tanto en sus propios países como en aquellas naciones que ya han aprobado normas en esa línea y alojan, además, las casas matrices de empresas cuyas filiales, operaciones conjuntas con otras o sus inversiones en proyectos empresariales son responsables de la vulneración de derechos humanos.

Aunque, desde una perspectiva histórica, la mundialización del modelo capitalista empresarial se impuso a partir del denominado descubrimiento de América (Quijano, 2000), y se desarrolló a través de modelos coloniales, primero, en este continente, mediante la trata trasatlántica de personas sometidas a esclavitud, provenientes de África subsahariana y, posteriormente, se implanta en Asia, África y otras regiones del mundo, la preocupación por innumerables tragedias por la eliminación física de ecosistemas y vidas humanas surge con mayor fuerza a finales de la década de los años 1980 como discurso asociado a los derechos humanos, hecho que llevó a la discusión, por más de tres años, de las Normas arriba mencionadas en la entonces Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU.

Ejemplos como el conflicto de empresarios mineros británicos y alemanes en la guerra entre Chile, Perú y Bolivia, a finales del siglo XIX (Galeano, pp.82-83) o los de la Compañía de las Indias Occidentales en la India, los casos de la United Fruit Co., en Colombia, en la década de 1930, son apenas esbozos de cómo el poder económico ejerce una influencia directa en el poder económico de los Estados. Por ello, como afirmamos,

En la fase actual del capitalismo y de la globalización económica es imperativo reforzar la atención sobre el papel y la responsabilidad del sector corporativo en materia de derechos humanos y de la naturaleza. En América Latina (así como en otras regiones), se experimenta

un contexto de estrecha conexión entre poder político y económico, de inconmensurable influencia del sector corporativo en los rumbos de la política, en el que las empresas se fortalecen y se traslapan cada vez más en la toma de decisiones de lo que se considera “bien común”, aumentando a toda costa su poder económico, hecho que hace que los Estados se debiliten, tanto como agentes fiscalizadores del imperio del derecho y el respeto a la ley, como en su calidad de reguladores de las actividades económicas. (Romero & Neiva, 2020, inédito).

La situación no ha cambiado; al contrario, se ha hecho más compleja y ha empeorado. Las empresas son agentes de lobby ante los cuerpos legislativos de diversos países y obtienen garantías para sus inversiones y operaciones, bajo el pretexto de ser actores claves para el desarrollo. Pero ni los gobiernos ni los miembros del Congreso reconocen en esos actores potenciales y reales impactos negativos en los derechos humanos.

Se registran, asimismo, situaciones en las que las empresas acceden a concesiones para proyectos extractivos y, ante la imposibilidad de desarrollarlas por la oposición comunitaria, deciden vender sus acciones en el mercado de valores, haciendo más difícil la trazabilidad del gobierno corporativo y la propiedad empresarial, por un lado, y aumentando los riesgos para las comunidades que se verían afectadas, por el otro, en especial cuando se trata de adquisiciones que, o bien monopolizan el control sobre un determinado producto o elemento de la naturaleza, o bien terminan en empresas registradas en China o en Canadá, pero de las que no se logra el acceso a la información, ni su respuesta en casos que implican daños ambientales o efectos negativos en personas trabajadoras o comunidades locales.

Pese a los numerosos casos que a diario se presentan ante los tribunales nacionales, las jurisdicciones extraterritoriales o los mecanismos internacionales de derechos humanos, la pregunta central que moviliza a diversas organizaciones de víctimas, grupos ambientales, organizaciones de pueblos indígenas, afrodescendientes, campesinos y ONG a lo largo y ancho de la región latinoamericana sigue siendo ¿cuál es el grado de satisfacción de los derechos humanos de las comunidades afectadas por las operaciones, los productos y los servicios empresariales? Una respuesta a ello está representada en el activismo social por una legislación de diligencia debida obligatoria en derechos humanos, no solo para las cadenas de suministro, sino para las cadenas de valor empresariales.



Hacia una legislación nacional en empresas y derechos humanos

La implementación de las obligaciones estatales respecto de su deber de vigilancia de la conducta empresarial en América Latina plantea, en primer lugar, la necesidad de informar, sensibilizar y ganar consenso entre las y los congresistas, con el fin de que aprueben una ley y sus respectivas reglamentaciones para hacer que las empresas respeten los derechos humanos.

Un primer obstáculo en este sentido se refiere a la captura corporativa del Estado. Este concepto, desarrollado en los últimos años por la sociedad civil, da cuenta de la injerencia de grandes corporaciones empresariales en la determinación de leyes, normas y reglamentos, bien sea mediante la suscripción de tratados comerciales bilaterales o multilaterales, o su incidencia directa con legisladores/as que proponen proyectos de ley o reformas que les benefician, como sucedió, por ejemplo, con los códigos mineros en países como Colombia. En esa acción no solamente son las empresas quienes ejercen presiones, sino las embajadas de los países donde radican las casas matrices de esas empresas, que han virado, de tener políticas abiertas a los temas de derechos humanos y al fortalecimiento a la democracia, a dar prioridad a las inversiones y expansión de los negocios de sus empresas en los demás países.

De ese modo, como lo señala el Grupo de Trabajo, existen falencias graves en las políticas públicas diseñadas por los Estados de la región, que mantienen una contradicción normativa y legislativa respecto de la prevalencia de los derechos humanos por encima del crecimiento económico, entendido, según el PNUD, como un aspecto que ha profundizado la pobreza en la región más desigual del mundo, América Latina, en especial, después del duro confinamiento y las muertes que significó la pandemia del COVID-19.

Adicionalmente, las funciones de instituciones gubernamentales y estatales carecen de coherencia interna para poner en marcha la vigilancia a las empresas y, más allá de ello, llevar a cabo investigaciones, sanciones y lograr las reparaciones a las víctimas de conducta empresarial irresponsable, incluso en empresas de propiedad estatal.

En ese sentido, las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos y el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ofre-

cen muchas pautas orientadoras de claridad meridiana para brindar a los gobiernos los mecanismos para llevar a la práctica las leyes que favorecen a las poblaciones puestas en situación de vulnerabilidad, en este caso, por la actuación de terceros, como las empresas.

En los últimos años, basados en el Principio 17 de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, las discusiones han ido transitando del discurso empresarial de respetar los Principios Rectores a afirmar que “respetan la diligencia debida”. El planteamiento de la diligencia debida se refiere directamente a que las empresas exhiban una conducta respetuosa de los derechos humanos, las leyes nacionales e internacionales. En la mayoría de las ocasiones, las empresas utilizan la ambigüedad del lenguaje para señalar que sus actividades de Responsabilidad Social Empresarial, RSE, o sus informes de sostenibilidad, demostrarían un comportamiento acorde con los derechos humanos. Sin embargo, pertenecer a instancias multiactor⁵, presentar informes anuales de sostenibilidad y participar en eventos sobre reducción de la huella de carbono, por ejemplo, no representan, necesariamente, que las empresas, en especial las extractivas, estén siendo respetuosas de los derechos humanos, incluyendo el derecho a un ambiente sano.

Como señala el Grupo de Trabajo:

El ritmo de aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos y la reparación por parte de la mayoría de las empresas mundiales ha estado congelado. A pesar de las excepciones positivas, el alcance de los abusos y violaciones de derechos humanos empresariales sigue creando una demanda urgente para que los gobiernos se comprometan con un enfoque de “mezcla inteligente”: en el que las normas en la acción reguladora y los incentivos por parte de los gobiernos receptivos y responsables eleven el nivel del comportamiento empresarial en materia de derechos humanos y la justicia climática, en la diligencia debida, la protección y la reparación.

Es en ese marco que cobran vital importancia los aportes de las recomendaciones que ha venido desarrollando, desde 2014, la Oficina de la Alta Comisionada de la ONU para los derechos humanos, a través de su proyecto “Ac-

5 Tales como las redes nacionales del Pacto Global (o Pacto Mundial), la EITI, ICMM o IRMA, además de instancias multiactor como los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos han probado que los esfuerzos por construir una narrativa de respeto de los derechos humanos se quedan cortas ante las posibilidades reales de respuesta desde la perspectiva del acceso a la justicia para las víctimas.



ceso a la Justicia”⁶ en contextos empresariales y las precisiones que, aunadas a esta iniciativa, ha proporcionado el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos.

Sus recomendaciones y enfoques, basados en el estudio encargado a la profesora Jenniger Zerk⁷ en 2013, parte de la constatación hecha por el entonces Representante Especial de Secretario General de la ONU sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos, quien afirmaba, entre otros aspectos, que “...las jurisdicciones nacionales tienen interpretaciones divergentes sobre la aplicabilidad a las empresas comerciales de las normas internacionales que prohíben los abusos graves de los derechos humanos, que pueden llegar al nivel de crímenes internacionales” y que, por tanto, se precisa,

...una mayor consistencia en la protección legal, y que podría avanzarse mejor a través de un enfoque multilateral. Cualquier esfuerzo de este tipo debería ayudar a aclarar las normas relativas a la investigación, el castigo y la reparación apropiados cuando las empresas causan o contribuyen a tales abusos, así como lo que constituye sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Pese a esas propuestas y las recomendaciones de los diversos análisis sobre las leyes nacionales y su aplicación a las empresas, la realidad es que las víctimas no tienen un acceso efectivo a la justicia en casos empresariales, incluso cuando usan las leyes existentes de maneras creativas y pierden muchos casos, no solamente por la ausencia de una normatividad específica sobre responsabilidad empresarial, sino porque los mecanismos de implementación de aquellos fallos que les son favorables encuentran, así mismo, obstáculos adicionales, por la complicidad del sistema judicial, de funcionarios/as estatales y la corrupción que media los procesos de reparación integral.

El CIEDH, por su parte, ha afirmado que,

Según la experiencia del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, las denuncias de abuso corporativo se presentan

6 A través de los proyectos ARP I (mecanismos judiciales estatales y seguimiento), ARP II (acceso a mecanismos extra-judiciales del Estado), ARP III (acceso a mecanismos de reclamación no estatales) y ARP IV (accesibilidad, divulgación y aplicación), respectivamente. Ver: <https://www.ohchr.org/es/business/ohchr-accountability-and-remedy-project-background>

7 Zerk, J- (2013) Corporate liability for gross human rights abuses Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>

tanto contra empresas nacionales como internacionales y las leyes nacionales con frecuencia tampoco ofrecen una protección y remedio efectivo para cualquiera de estas formas de violaciones. Por tanto, incluir las empresas nacionales en el alcance del Tratado es crucial para encaminar mejoras concretas a las personas vulneradas y víctimas de abusos/violaciones⁸.

La doctora Zerk señalaba, tras revisar más de cincuenta casos de responsabilidad empresarial en situaciones graves que configuraron violaciones y abusos de derechos humanos por su participación directa e indirecta, ya fuera por acción o por omisión y negligencia, que existen aún barreras legales y de procedimiento, “en muchos casos (...) suficientemente graves”, que se vuelven imposibles de acceder para las víctimas, que pierden la confianza en los sistemas nacionales respecto de las prácticas estatales para abordar este tipo de situaciones que vulneran sus derechos humanos y optan por recurrir a mecanismos extraterritoriales, los que, dicho sea de paso, tampoco corresponden necesariamente con los estándares internacionales de derechos humanos, como inicialmente demostrarían algunas de las decisiones en cortes de Norteamérica y Europa, en donde, en muchas ocasiones, las empresas prefieren llegar a acuerdos monetarios por fuera de las cortes, antes que reconocer su responsabilidad en graves violaciones de derechos humanos.

En ese sentido, el resumen que hace OACNUDH del estudio de Zerk precisa:

...la participación de las empresas en abusos graves conlleva al menos la posibilidad teórica de posibilidad de responsabilidad civil o penal (o ambas) en muchas, si no en la mayoría, de las jurisdicciones. Sin embargo, hay variaciones significativas en la cobertura, y los mecanismos judiciales nacionales no logran traducir la responsabilidad legal teórica en una responsabilidad real por los daños. (OACNUDH, 2014)

Dicha traducción implica, según Zerk, la necesidad de definir tanto las responsabilidades de las casas matrices de las empresas, así como de las que operan en los países de acogida, donde se llevan a cabo las violaciones de derechos humanos. Asimismo, plantea que no se trata solamente de producir una legislación ad hoc para hacer que las empresas rindan cuentas, sino que el proceso es más complejo y debe incluir un abordaje integral de un progra-

8 Phil Bloomer y Maysa Zorob: “¿Otro paso en el camino? ¿Qué significa el “Borrador Cero del Tratado” para el movimiento de empresas y derechos humanos?”, Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, 2018, en: <https://www.business-humanrights.org/es/nueva-serie-de-blogs-sobre-el-borrador-cero-del-tratado-vinculante#c176568>



ma sobre empresas y derechos humanos, que abarque las políticas públicas, construidas mediante un proceso dialógico de intercambio de conocimientos entre diversos actores, que la autora identifica como “los responsables de políticas, los operadores y los usuarios de los mecanismos de la reparación”, con el fin de:

...que se identifiquen, analicen y reproduzcan ejemplos de buenas prácticas (con respecto a cuestiones como la financiación jurídica, la protección de las víctimas y los testigos, la investigación, la asistencia jurídica mutua, la condena, la supervisión, la ejecución y los recursos efectivos).(Zerk, 2013, pp.105-106)

Esos elementos deben estar contenidos en la legislación. Y, como lo afirman Bernal, Payne y Pereira, respecto de la complicidad y participación empresarial en los crímenes de lesa humanidad en contextos violentos (dictaduras militares, conflictos armados internos, guerras internacionales), los casos exitosos (también llamados buenas prácticas), son no solo escasos, sino que precisan de un ambiente favorable, como lo demuestra su análisis de los casos de justicia transicional en Argentina, Colombia, Guatemala y otros países. Según su enfoque de “responsabilidad empresarial desde abajo”, son los factores implicados en cada contexto nacional, el grado y calidad de la presión internacional, la movilización de la sociedad civil, la capacidad de operadores de justicia e instituciones nacionales de innovar en las investigaciones, los procedimientos judiciales y la sanción a las empresas y, el ejercicio del poder de veto de actores como las empresas y los gobiernos, los que, en últimas permiten que se desarrollen escenarios de justicia que llamen a agentes empresariales (privados, estatales, nacionales o transnacionales) a rendir cuentas.

En esa línea, si tomamos en consideración que América Latina es la región del mundo con más personas defensoras de derechos humanos que son víctimas de ataques y agresiones en contextos empresariales, con un alto número de asesinatos de quienes defienden sus derechos al acceso, propiedad y usufructo de la tierra/el territorio, en especial los pueblos indígenas (nacionalidades indígenas, poblaciones originarias o comunidades aborígenes), afrodescendientes y campesinas, además de ambientalistas, una legislación sobre empresas y derechos humanos deberá considerar, en primer lugar, además de la asimetría de poder entre las víctimas y las empresas, las posibilidades reales de usar el derecho para hacer que las empresas sean llamadas a la justicia y, efectivamente, rindan cuentas por las vulneraciones a los de-

rechos humanos en las que están implicadas.

Toda norma, incluso las leyes estatutarias, generales o específicas, representan una construcción social. Por ello mismo, reconocer la captura corporativa del Estado es un elemento indispensable para el proceso legislativo, que surge al plantearse la producción legal para hacer que las empresas respondan por las violaciones de derechos humanos, más allá del discurso desarrollista prevalente de que la sociedad debe agradecer a las empresas por permitir el avance social. Pero, sin negar la importancia de las empresas en todo país, porque mueven la economía, brindan oportunidades de empleo y contribuyen a que los Estados puedan llevar a cabo sus propósitos de proteger, respetar y promover los derechos humanos, la realidad del modelo capitalista de producción arroja evidencias de su responsabilidad en la grave crisis climática mundial⁹, las pésimas condiciones laborales a las que son sometidas millones de personas, y las arbitrarias decisiones de privilegiar las ganancias a toda costa, en detrimento de la mayoría de la población, como lo demostraron recientemente los despidos, la negligencia y los riesgos para la vida de personas trabajadoras durante el confinamiento por el COVID-19¹⁰.

Así, la redacción de los proyectos de ley y su aprobación están mediados por todos estos factores, de modo que, más allá de la de la técnica jurídica y de los procedimientos internos que rigen la producción normativa en el Legislativo en cada país, surgen preguntas como la jerarquía que deba tener este tipo de leyes, cómo armonizarla con base en el marco internacional de los derechos humanos y cómo incluir un lenguaje que responda, sin ambigüedades, a la verdadera naturaleza de la problemática que abordará. Por ejemplo, las leyes podrían asumir los avances del borrador del Tratado Vinculante, respecto de las definiciones de quiénes son las víctimas, la reversión de la carga de la prueba en las empresas, la importancia de mantener pesos y contrapesos para la vigilancia del cumplimiento de sentencias, etc.

Por supuesto, ello implicará un gran esfuerzo de influenciar a los actores participantes del proceso legislativo; por lo general, como lo ha demostrado la negativa de algunos Estados latinoamericanos a ratificar el Acuerdo de Escazú, las presiones empresariales son mayores que la real capacidad del Estado y sus instituciones de proteger los derechos humanos. De ese modo, las normas sobre diligencia debida obligatoria en derechos humanos y empre-

9 Ver: Escobar, Arturo (2020) Transiciones postpandemia en crisis civilizatoria. En:

10 Ver al respecto el portal del CIEDH: <https://www.business-humanrights.org/es/temas-centrales/brote-de-covid-19-coronavirus/>

sas tendrán en consideración, como requisito indispensable, la realización de consultas con pueblos étnicos (indígenas, afrodescendientes), conforme al Convenio 169, en particular favoreciendo escenarios de participación real de las comunidades afectadas por proyectos, planes, operaciones, servicios y productos empresariales.

Una vez surtidos estos procesos de consulta, se deberán favorecer otros escenarios con poblaciones rurales y urbanas, organizaciones de la sociedad civil, tanto afines a los desarrollos empresariales como aquéllas que son críticas a sus métodos y consecuencias, la academia, las empresas y las diversas instituciones estatales comprometidas.

En ese campo, el ejercicio de ganar consensos podría iniciarse con las empresas de propiedad del Estado, pasando por la coordinación de las instituciones estatales que tienen que ver con sus operaciones. La construcción de un programa político en esa dirección propondría, por tanto, que se armonicen los planes nacionales de derechos humanos, los PAN sobre empresas y derechos humanos, las cláusulas de derechos humanos de los tratados comerciales y la legislación que regule a las empresas en su totalidad, aclarando y permitiendo guías orientadoras para entes como las superintendencias y otros organismos de control, con un papel clave para las defensorías del pueblo y otros mecanismos extrajudiciales estatales, que permitan reforzar, divulgar y llevar a feliz término la implementación de una ley sobre diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos y de la naturaleza.

Referencias:

Bernal, Payne & Pereira (2021). Justicia transicional y rendición de cuentas de actores económicos, desde abajo: desplegando la palanca de Arquímedes. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer; Universidad Javeriana y Dejusticia.

Cantú Rivera (Ed.) (2022) *Experiencias latinoamericanas sobre reparación en materia de empresas y derechos humanos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

Escobar, Arturo (2020), Transiciones postpandemia en clave civilizatoria. En: *Alerta global. Políticas, movimientos sociales y futuros en disputa en tiempos de pandemia/ Alexandra Kassir ... [et al.]*; editado por Breno Bringel; Geoffrey Pleyers. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO ; Lima : ALAS; 2020.

Galeano, Eduardo (1978). *Las venas abiertas de América Latina*. Ediciones “La Cueva”.

Romero, Amanda y Neiva, Júlia (2020) *Del carácter subjetivo al carácter objetivo: La actividad empresarial como área de enfoque del proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos*. Capítulo inédito.

Quijano, Aníbal (2000). Colonialidad del Poder y clasificación social. *Journal of World-Systems Research*. VI, 2. Summer/Fall 2000, pp. 342 a 386. Special Issue: Festschrift for Immanuel Wallerstein – Part I <http://jwsr.ucr.edu>

Zerk, Jennifer. *Corporate liability for gross human rights abuses. Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies*. A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>





La Debida Diligencia Empresarial Obligatoria, el ineludible siguiente paso de la política pública peruana sobre Empresas Y Derechos Humanos

*Federico Chunga Fiestas**

Introducción

De acuerdo con el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (en adelante, el Grupo de Trabajo de la ONU), el principal aporte de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, los Principios Rectores), su contribución más influyente,



ha sido lograr una especie de sentido común cada vez más generalizado —y cada vez menos tenso— entre Estado, sociedad civil y sector empresarial, de que todas las empresas, sin importar su tamaño, rubro u origen, tienen obligaciones mensurables de respetar los derechos humanos en el ámbito de sus actividades (cf. Grupo de Trabajo de la ONU, 2021, pp. 5-6). Más aún, que estas obligaciones deben ser cumplidas bajo un marco operacional específico que responde a características más afines al marco internacional de los derechos humanos que al tradicionalmente empresarial, enfocado en el compliance, la responsabilidad social, la filantropía o, incluso, la negación de esa responsabilidad. Tal como lo señala el Grupo de Trabajo de la ONU (2021), la expectativa de que las empresas ejerzan la debida diligencia en materia de derechos humanos, “se está transformando en una norma de conducta jurídicamente vinculante” (p. 5).

Se trata de un sentido común incipiente, pero con un gran potencial. Amplios sectores del empresariado formal todavía no lo asumen o, asumiéndolo, no actúan en consecuencia. Especialmente en países en vías de desarrollo sigue siendo casi completamente ajeno en escenarios de informalidad, situación en la que se encuentra, por ejemplo, cerca del 80 % de la actividad económica peruana. A esta débil cultura de derechos humanos contribuye también la propia debilidad estatal, poco preparada para incorporarla en sus políticas públicas.

En efecto, los últimos treinta años dan cuenta de un divorcio entre un pronunciado crecimiento económico y la persistencia real de la desigualdad, la pobreza, la discriminación estructural y la falta de acceso de los sectores más vulnerables a derechos básicos como la salud, la educación, el trabajo digno, un medio ambiente sano, entre otros derechos económicos sociales, culturales y ambientales. En determinados espacios y momentos este crecimiento económico, inclusive, ha llegado a incorporar fácticamente a la vulneración de algunos derechos como parte de su modelo de negocio. Los casos de graves vulneraciones a derechos de pueblos indígenas en torno a actividades extractivas informales e ilegales como la minería, la tala de madera y la explotación de hidrocarburos, han graficado claramente esta situación. De ella no ha estado excluido el sector formal, como lo prueba —en hechos anteriores a la Ley N° 29785, de 2011— el incumplimiento sistemático de la consulta previa en proyectos de inversión a gran escala, pese a que el Convenio N° 169 ya formaba parte del ordenamiento peruano desde 1995.

Si bien el Estado y el sector empresarial han logrado importantes avances

para armonizar crecimiento económico y derechos humanos, todavía en la discusión pública siguen planteándose como válidos argumentos que los asumen expresa o tácitamente como excluyentes. Importantes sectores del país, algunos con mucho poder sobre las políticas públicas, mantienen un discurso que estigmatiza como antiempresa, antidesarrollo o “ideológica” la posición de pueblos indígenas, sindicatos y otros defensores de derechos humanos frente a actividades empresariales vulneratorias. La influencia de estos argumentos en el rumbo de la política pública sigue siendo notoria, especialmente en áreas con reiterada ocurrencia de conflictividad social.

Ese discurso es preponderante, por ejemplo, para defender la permanencia de regímenes de inversión —con décadas de vigencia, pero teóricamente “excepcionales y transitorios”— que recortan derechos laborales bajo la lógica de que así se brinda condiciones de competitividad a determinada industria, o se favorece la contratación formal de los sectores menos favorecidos del mercado laboral. Una discusión de ese tipo, sobre un decreto supremo que busca asegurar que no se tercerice actividades del núcleo del negocio, alcanza notas altas incluso al interior del Poder Ejecutivo, justo al momento del cierre del presente artículo¹¹. Otro ejemplo es la máxima de que “no es el momento” de aumentar la remuneración mínima vital, planteado recurrentemente por un sector empresarial, estatal y social, bajo el argumento de que hacerlo, automáticamente pondría en riesgo la competitividad del sector empresarial formal y generaría, además, un incremento de la informalidad. Es una máxima que, además, suele usarse desprovista de evidencia sobre su consistencia y sin tomar en cuenta los cambios de contextos económicos y sociales, nacionales o globales.

Al inicio del proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, el PNA), este tipo de argumentos todoterreno fueron usados también en uno de los editoriales del diario más importante del país para oponerse a la sola idea de contar con un plan de este tipo (cf. El Comercio, 2020). Dicha publicación se refirió al PNA como una “carga burocrática y papeleo innecesario”, una “carga extra ahí donde es más fácil y popular hacerlo, [las empresas formales] pero quizá menos necesario en términos relativos”, producto de “celos regulatorios excesivos e inútiles”, además de otros calificativos alineados con esa tradicional carga argumentativa a la que nos hemos referido.

¹¹ Se trata del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de febrero de 2022, que “modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización”.



No es que dichos argumentos sean inválidos de inicio, que la discusión pública no deba incorporarlos, o que no lleven alguna parte de razón, sino que por lo general son usados por sectores hegemónicos para cerrar, o impedir que siquiera se abran, discusiones que cuestionan un status quo basado en el mito de que el crecimiento económico es bueno en sí mismo, independientemente de sus efectos sobre la vida de las personas.

Justamente en escenarios como este, en el que parece haberse olvidado el sentido del Estado y la sociedad en relación con la dignidad de la persona humana, el marco de los Principios Rectores puede cumplir un papel significativo para reencauzar y mejorar la calidad del debate público. A nivel global, y especialmente en el plano nacional, sobre todo a partir del diálogo multiactor sobre el PNA, ya nadie discute seriamente (no habría margen para hacerlo) si las empresas deben cumplir o no su función económica respetando los derechos humanos y sometiendo, por tanto, su objetivo de maximizar ganancias a la condición de que este ponga a la persona humana en el centro, ya sea esta trabajadora, proveedora, cliente o ciudadana.

Falta derribar varios y variados mitos antagónicos del tipo “crecimiento económico o derechos humanos”, pero las contradicciones entre empresas formales, Estado y sociedad civil, al menos en el discurso público, ya no versan sobre si tienen o no la responsabilidad de proteger y respetar los derechos humanos, sino sobre el grado de cumplimiento de esas obligaciones (si es un cumplimiento real o aparente, por ejemplo) y sobre la forma más efectiva de cumplirlas. Son, incipiente y superficialmente aún, discusiones pragmáticas basadas en principios, para usar la nomenclatura con que John Ruggie (2014) se refería a la naturaleza de los Principios Rectores.

La discusión, al menos a nivel de la política pública sobre conducta empresarial responsable, se centra ahora en otras aristas: si las buenas prácticas empresariales implementadas desde hace años por las empresas cumplen los estándares internacionales o si es necesario incorporar mecanismos operacionales y/o legales más adecuados, de tipo voluntario, pero con acompañamiento del Estado, o de tipo obligatorio, ya sea por la fuerza de un tratado internacional vinculante o de una norma interna con rango de ley, o de ambos.

Cada vez es más evidente que los Principios Rectores han contribuido con este cambio significativo, al menos a nivel de discurso público y políticas públicas. Pero en el caso peruano este cambio podría ser solo aparente, una chispa que no prende, si del acuerdo multiactor básico alcanzado en el proceso

de elaboración del PNA no se derivan cambios concretos en temas cruciales como el fortalecimiento de las instituciones y políticas públicas bajo el enfoque de derechos humanos, la captura corporativa del Estado y los desequilibrios de poder, el fortalecimiento de las instituciones de la sociedad civil y de las organizaciones indígenas y sindicales para incidir, acompañar y vigilar al Estado en la implementación de la política. Estos temas, junto con otros de similar trascendencia, están contenidos de distinto modo en las 97 acciones del PNA, con lo que este instrumento, siempre que cada cual cumpla con su labor, tiene un importante potencial para brindar su contribución al necesario golpe de timón en la conducción de nuestro modelo de desarrollo.

Por eso es tan relevante que una propuesta de ley de debida diligencia empiece a tomar forma como parte del proceso de implementación del PNA, y que se haga desde la iniciativa de la Plataforma de Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos, espacio de organizaciones no gubernamentales constituido para acompañar y participar en el proceso de formulación del PNA. Esta iniciativa permitirá darle impulso al cumplimiento de la acción 30 del PNA, que prevé abordar esta discusión como parte de la política pública, poniendo al año 2024 como meta para contar con una propuesta en cuya construcción hayan participado en igualdad de condiciones todas las partes interesadas. Con el fin de contribuir con este esfuerzo colectivo, desarrollamos a continuación, y en la medida de nuestras posibilidades, algunos aspectos que consideramos de interés.

La incorporación del concepto de debida diligencia empresarial en el ordenamiento peruano

El concepto de debida diligencia empresarial en derechos humanos fue incorporado dentro del ordenamiento peruano, de modo amplio, explícito y sin ambages, a través del PNA, que establece como su objetivo principal incorporar los Principios Rectores en todas las políticas públicas nacionales, así como ejecutar acciones para promover que las empresas públicas y privadas implementen operativamente mecanismos de debida diligencia¹². Sin embargo, esta institución jurídica ya formaba parte de nuestro ordenamiento

12 El compromiso estatal inicial de elaborar un PNA con el objetivo de incorporar los Principios Rectores en todas las políticas públicas nacionales fue adoptado en el Lineamiento N° 5 del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 02-2018-JUS (cf. MINJUS, 2018, pp. 17-18).



interno antes de la aprobación del PNA.

El marco de Conducta Empresarial Responsable (en adelante, CER), fue asumido como parte de la política pública nacional desde la adhesión formal de Perú, en 2008, a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (en adelante, las Líneas Directrices de la OCDE), en el marco del Programa País de incorporación del Perú a esta organización. Las directrices, que desde 2000 ya consideraban aspectos de derechos humanos, incluyeron un capítulo dedicado expresamente a estos desde 2011, en alineación directa con los Principios Rectores (OCDE, 2020). Así, la promoción de la debida diligencia empresarial fue encargada en nuestro país, en el marco de la OCDE, al denominado Punto Nacional de Contacto (PNC) de las Líneas Directrices de la OCDE, establecido en la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión), entidad adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

Pero inclusive antes de los Principios Rectores y de las Líneas Directrices de la OCDE, Perú ya contaba con normativa interna vinculada con la responsabilidad empresarial y la debida diligencia en materia de derechos humanos, aunque no de modo explícito y, además, escasamente desarrollada a nivel administrativo o jurisprudencial en ese sentido.

En primer lugar, a nivel constitucional, el artículo 1 de la Constitución de 1993 (y de modo similar su antecedente en la Constitución de 1979) es muy preciso en señalar que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo” del Estado y de la sociedad, dentro de la cual se encuentra, sin ninguna duda, el sector empresarial. Este artículo fundacional de la organización del Estado y de la sociedad peruanos, claro y directo en adjudicar a todos los integrantes de la sociedad responsabilidades en derechos humanos, es el parámetro de interpretación de todos los demás artículos constitucionales, entre ellos el 59, que define el derecho de libertad de empresa, que de ese modo no puede ser entendida sino como una libertad limitada por el respeto de la dignidad de la persona humana y los derechos humanos que derivan de ella. O, para decirlo de otro modo, una libertad que no puede ser constitucionalmente ejercida sino con una debida diligencia en derechos humanos.

Esta perspectiva es reforzada por los tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte, que son parámetro de interpretación del derecho in-

terno, tal como lo señala la IV Disposición Final y Transitoria¹³ del actual texto constitucional. En ese sentido cabe mencionar al artículo XXIX¹⁴ de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre y el quinto párrafo¹⁵ del Preámbulo común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En consonancia con ellos, los Principios Rectores —que no crean nuevas obligaciones internacionales, sino que ordenan y clarifican las ya existentes— aportan a este bloque constitucional un contenido más preciso, desarrollando el concepto y características de la debida diligencia. Asimismo, desde hace algunos años han venido siendo adoptados por los órganos del derecho internacional de los derechos humanos como parámetros de interpretación para determinar la responsabilidad de los estados.

Así ha ocurrido en el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH). El concepto de debida diligencia, circunscrita al ámbito estatal, fue construido por esta jurisprudencia desde su primera sentencia en un caso contencioso, el *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras* (Corte IDH, 1988)¹⁶, en relación con la desaparición forzada¹⁷. Luego de ser desarrollado y precisado por varias otras sentencias, fue ampliado al caso de empresas extractivas y pueblos indígenas (siempre atribuida como una obligación estatal) en las sentencias del *Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam* (cf. Corte IDH, 2007, §§ 129-130) y del *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu contra Ecuador* (cf. Corte IDH, 2012, §§ 180-184 & §§ 204-207). Últimamente ha avanzado más hasta adoptar ya expresamente a los Principios Rectores como parámetro de interpretación, primero, en el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam* (cf. Corte IDH, 2015, §§ 224-226), y luego, ya refiriéndose al concepto de debida diligencia, en el *Caso Buzos Miskitos contra Honduras* y el *Caso Vera Rojas contra Chile*, ambos de 2021. En estas dos últimas sentencias, la Corte IDH ha preci-

13 “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”

14 “Toda persona tiene el deber de convivir con los demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”

15 “Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto”.

16 De acuerdo con la Corte IDH (1988): “[...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado [...] puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención” (§ 172; énfasis añadidos).

17 La evolución del concepto de debida diligencia en el Sistema Interamericano, hasta 2017, es abordado en un breve e interesante artículo de Cantú (2017, pp. 423-440).



sado que la debida diligencia debe ser adoptada “por cuenta” de las propias empresas, independientemente de la acción estatal, pero, a la vez, que dicha obligación “debe ser regulada por el Estado” (cf. Corte IDH, 2021a, § 51 & Corte IDH, 2021b, § 88).

Estos avances, siendo importantes y muy útiles para fortalecer progresivamente cierto nivel de obligatoriedad de los Principios Rectores en los ordenamientos nacionales, todavía son limitados, en la medida que la Corte IDH no ha llegado a establecer responsabilidades estatales concretas derivadas del marco de debida diligencia empresarial ni en temas de prevención ni de reparación de vulneraciones a derechos humanos en actividades empresariales. Es muy probable, sin embargo, que esta jurisprudencia siga evolucionando y que esto ocurra en un plazo relativamente corto. Por lo pronto, los intérpretes calificados de la normativa nacional peruana están obligados a incorporar la jurisprudencia de la Corte IDH al momento de aplicarla en casos concretos, la referida a la debida diligencia, pero también los “Estándares interamericanos” sobre empresas y derechos humanos desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2019).

A nivel legal también hay normativa preexistente¹⁸. Entre las principales normas destacan los artículos 35 y 38 de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887), que regulan la nulidad del pacto social o de los acuerdos societarios siempre que sean contrarios al orden público, concepto dentro del cual los derechos humanos ocupan un lugar de primer orden. Por otro lado, el artículo 3 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (Decreto Legislativo N° 757), dispone que la libre iniciativa privada debe ejercerse en concordancia con las leyes, la Constitución y los tratados internacionales, dentro de los cuales, los más importantes son los de derechos humanos.

Asimismo, diversas leyes declarativas del interés nacional de promover el desarrollo de determinadas industrias establecen como condición para ello criterios de responsabilidad socio ambiental. Algunas como la petroquímica, servicios turísticos, acuicultura, concesiones eléctricas, obras públicas de infraestructura, hidrocarburos, minería artesanal, entre otras, establecen la obligación de respetar la regulación específica ambiental y la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de daño o pasivo ambiental.

Por otro lado, el Código de Protección y Defensa de los Derechos del Consumidor (Ley N° 25971) establece una serie de disposiciones vinculadas con

18 Un mapeo más amplio de parte de esta legislación puede encontrarse en Cantú (2021, pp. 429-503).

la prevención del riesgo para la salud o seguridad en productos o servicios orientados al mercado, así como medidas razonables para eliminar o reducir el riesgo en el plazo inmediato. Igualmente, establece que el proveedor será civilmente responsable por daños y perjuicios y dispone la prohibición de discriminación entre consumidores y el trato preferente a aquellos en situación particular (gestación, discapacidad, niñez y adolescencia, adultos mayores, entre otros).

La institución de la responsabilidad civil extracontractual también guarda vinculación con la responsabilidad empresarial de derechos humanos o, cuenta con un amplio margen para producir jurisprudencia en ese sentido. Así, los artículos 1969 y 1970 del Código Civil desarrollan, respectivamente, la responsabilidad extracontractual subjetiva (por daño y causalidad) y objetiva (por riesgo), además de supuestos de debida diligencia civil, extrapolables, dependiendo de la casuística y el criterio judicial, a la debida diligencia empresarial. Entre ellos, la inimputabilidad por diligencia ordinaria (artículo 1314 del Código Civil), por caso fortuito o fuerza mayor (1315), la culpa leve (1320), la presunción de la culpa leve del deudor (1329), y la responsabilidad del que obra bajo órdenes, esto es la responsabilidad vicaria o solidaria (1981).

En este mismo nivel, el Código Penal, si bien no hace referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sí prevé consecuencias accesorias aplicables a estas en caso de delitos cometidos por personas naturales, como la privación de beneficios obtenidos por infracción penal a personas jurídicas artículo (104 del Código Penal) y otras medidas (105). Pero, además, prevé la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (incorporada mediante la Ley N° 30424) y otros delitos como lavado de activos, minería ilegal, crimen organizado y terrorismo (Ley N° 30835), todos ellos crímenes que afectan directamente diversos derechos humanos de víctimas y de la sociedad en su conjunto. Por este motivo las empresas pueden ser sancionadas con multa, suspensión de actividades, prohibición de llevar a cabo actividades de la misma naturaleza, inhabilitación para contratar con el Estado, cancelación de licencias y concesiones, clausura de locales, disolución de la persona jurídica, y otras medidas complementarias como la intervención para salvaguardar derechos de los trabajadores y acreedores, privación de beneficios obtenidos, etc.

En la misma línea anticorrupción, la Ley General de Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702) complementa el marco anterior, estableciendo a las empresas



financieras la obligación de comunicar cualquier movimiento sospechoso o de lavado de dinero o activos entre sus clientes, así como la adopción de programas, normas y procedimientos para prevenir y detectar delitos vinculados al lavado de activos. Por su parte la Ley de la Unidad de Inteligencia Financiera (Ley N° 29038) obliga a las empresas a proporcionar información e implementar un sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

En el plano infralegal, a nivel administrativo hay también un conjunto nutrido de normas vinculadas con la debida diligencia empresarial, lo que es especialmente claro en temas ambientales y laborales. Por un lado, la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611) y sus normas complementarias desarrollan normativa de fiscalización, corrección y sanción de supuestos de daños ambientales. En ese sentido, el Organismo Especializado de Fiscalización Ambiental está habilitado para imponer medidas preventivas mediante la supervisión (orientativa o con trabajo de campo para emitir un informe que inicie un procedimiento administrativo o medidas preventivas propiamente dichas; así como medidas correctivas y cautelares mediante la fiscalización. Determinada la responsabilidad por daños, las sanciones aplicables incluyen la amonestación, la multa, entre otras. Esta responsabilidad administrativa es independientes de la civil o penal.

Sin ánimo de ser exhaustivo, debe señalarse que existe ya en marcha un conjunto de políticas públicas y planes nacionales que prevén acciones para una efectiva vigencia de la normativa vinculada directa o indirectamente con la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos¹⁹. Esta normativa tiene impactos sobre las obligaciones de las empresas en derechos sujetos a fiscalización como en los casos de seguridad y salud en el trabajo, medio ambiente, trata de personas e interculturalidad. Como ya se dijo, sin contener mandatos expresos de debida diligencia, estas normas y las políticas dirigidas a su aplicación efectiva, pueden (y deben) ser interpretadas teniendo en cuenta también el marco de Principios Rectores. Entre las principales políticas públicas que deben ser consideradas en esta materia puede mencionarse las de Integridad y Lucha contra la Corrupción, Protección y Defensa del Consumidor, Transversalización del Enfoque Intercultural, Ambiente, Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, la política pública frente a la Trata de Personas y sus formas de explotación, y las políticas

¹⁹ Un listado de las políticas nacionales y planes nacionales vigentes está disponible en el portal institucional del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico—CEPLAN (<https://www.ceplan.gob.pe/politicas-nacionales-y-sectoriales/>)

Migratoria, Agraria, de Empleo Decente, Seguridad y Salud en el Trabajo, Energética, de Desarrollo Industrial, de Igualdad de Género, de Discapacidad para el Desarrollo al 2030.

En paralelo a este múltiple desarrollo normativo y de políticas públicas, el sector empresarial formal, principalmente el de la gran empresa, ha implementado acciones en línea de fortalecer su cultura de derechos humanos. Lo ha hecho, por iniciativa voluntaria, por lo general, desde la responsabilidad social y el *compliance*, a través del desarrollo de códigos de conducta por empresa, *holding* o gremiales, que también han incorporado, en algunos casos, mandatos en el ámbito de los derechos humanos. Estos mecanismos fueron fortalecidos, sobre todo en un sector de la gran empresa, con la aprobación en 2000 del Pacto Global de Naciones Unidas, cuyos diez principios desarrollan compromisos para la acción basados en la responsabilidad social en relación con los derechos humanos en general, y en los ámbitos específicos de Trabajo, Ambiente y Anticorrupción. Todos estos compromisos se derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En esa misma dirección, un número cada vez mayor de plataformas y gremios empresariales globales vienen incorporando la debida diligencia basada en los Principios Rectores dentro de sus políticas corporativas, entre las que destacan por su nivel de influencia, la Cámara de Comercio Internacional, la Organización Internacional de Empleadores, el Consejo Empresarial Mundial, la Cámara de Comercio de Importadores y Exportadores de Metales, Minerales y Productos Químicos de China, entre otros. Asimismo, la Alianza de Inversores para los Derechos Humanos, que representa 1.3 billones de dólares en acciones, reclamó a los gobiernos en 2019 que apoyasen la diligencia debida de los inversores mediante una mejor regulación de los sistemas financieros (cf. Confederación Sindical Internacional, s.d., p. 7).

En Perú, aunque en menor nivel, esto también viene sucediendo. Los primeros pasos en ese sentido se dieron de modo más concreto cuando, en marzo de 2019 la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (en adelante, la Confiep) creó su Comité de Empresas y Derechos Humanos para, según nota de prensa de la época, “difundir y consolidar el aporte de las empresas formales en materia de derechos fundamentales y contribuir a



la construcción de valor social en el Perú”. En julio de 2019, y siguiendo esa línea de acción, Confiep publicó su “Guía para el sector empresarial peruano sobre Empresas y Derechos Humanos”, que contiene “pautas dirigidas a las empresas privadas para la implementación de buenas prácticas en materia laboral, social, y ambiental” y “brinda [a las mismas] el acceso al marco de actuación de los Principios Rectores, así como una metodología para avanzar en la implementación de la debida diligencia en materia del respeto por los derechos humanos” (CONFIEP, 2019, p. 9).

Como puede apreciarse, Confiep, el principal gremio empresarial del país (y por tanto sus empresas agremiadas), ha asumido al más alto nivel su compromiso de desarrollar debida diligencia empresarial. Aunque lo haya hecho desde la idea de “buenas prácticas”²⁰, es importante destacar que la propia guía se refiere a estas como

[...] aquellas que, teniendo como fundamento el respeto de los derechos humanos, superan las exigencias legales y buscan brindar mejores condiciones y mayores beneficios, así como adoptar medidas preventivas sobre los impactos negativos que pueden generar las actividades de las empresas respecto a la relación con los colaboradores, el entorno social, el medio ambiente y, por supuesto, su cadena de suministro. (CONFIEP, s.d.)

Es decir, a partir de esta declaración voluntaria que toma como parámetro los Principios Rectores y otros estándares, así como el PNA (que Confiep respaldó desde el inicio de su elaboración), el principal gremio empresarial del país se ha obligado a que las actividades empresariales se harán bajo los parámetros de la debida diligencia, un enfoque que sin ser aun legalmente obligatorio ya no es, en los hechos, solamente voluntario.

Sin embargo, al tratarse de iniciativas de adecuación aún incipiente a los Principios Rectores, no existe información pública (ni tampoco privada de calidad) sobre su real alineación a estándares internacionales ni sobre el impacto tangible sobre los derechos humanos de, por ejemplo, los códigos de conducta y otras políticas corporativas desarrolladas a partir de los compromisos del Pacto Global. Pese a ello, sin duda son una base a partir de la cual el sector empresarial puede seguir construyendo.

20 252 de ellas, en estricto no todas bajo la lógica de los Principios Rectores, fueron recogidas por CONFIEP (s.d.). Otro grupo importante de buenas prácticas ha sido recogido en cada uno de los 20 documentos de diagnóstico del PNA.

Este rápido repaso de un conjunto normativo, de políticas públicas y de buenas prácticas empresariales, ya sea preexistente, coetáneo o posterior a los Principios Rectores y al PNA, busca dar cuenta de que el marco de debida diligencia empresarial, aun siendo novedoso, no se construye en el vacío sino que constituye un “ecosistema”²¹, que no es solamente internacional ni solamente voluntario (o de *soft law*) como en principio lo fueron los Principios Rectores, u obligatorio (como el tratado vinculante aún en discusión, o las leyes de debida diligencia) y que, por lo demás, tampoco es solamente normativo sino también jurisprudencial y de política pública de diversa temática, e incluye también a las buenas prácticas empresariales y hasta a las acciones de incidencia y litigio estratégico de la sociedad civil, que no desarrollaremos en este espacio.

Desde su aprobación, en junio de 2021, el ordenamiento interno sobre debida diligencia empresarial también incluye al PNA, que tiene como una de sus líneas de acción prioritaria la promoción, desde la política pública de conducta empresarial responsable, de la implementación de estos mecanismos y la discusión, en 2024 a más tardar, en el marco de la mesa multiactor, de una propuesta de ley de debida diligencia. A continuación desarrollaremos de modo bastante sucinto las acciones, indicadores y metas del PNA referidas directamente a esta materia²².

Como parte del diagnóstico del PNA, la OCDE aplicó, entre noviembre de 2020 y enero de 2021, una encuesta a 110 empresas peruanas (entre grandes, medianas y pequeñas) a fin de levantar información sobre el grado de implementación de los mecanismos de debida diligencia en cada una de ellas. El resultado arrojó que si bien un porcentaje significativo (69 %) declaró contar con una política por escrito sobre derechos humanos, empleo, derechos laborales, medio ambiente, lucha contra el soborno, intereses de los consumidores: a) menos de la mitad aplicó debida diligencia en sus cadenas de suministro; b) sus auditorías (el principal modo de verificar la eficacia de sus mecanismos) se centraban en acciones de lucha contra el soborno más que en temas de derechos humanos; y c) la implementación por parte de la pequeña empresa era muy baja²³.

En términos relativos, los resultados de esta encuesta demuestran un avance

21 Sobre la visión ecosistémica del marco de Empresas y Derechos Humanos, véase Rodríguez Garavito (2018, pp. 268-287).

22 Un desarrollo también breve, pero más amplio, puede encontrarse en Mamani Ortega (2021, pp. 57-74).

23 Los resultados de esta encuesta formaron parte del documento diagnóstico del PNA sobre mecanismos de debida diligencia operacional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021).



en comparación con los de un Estudio de Confiep del año 2019 que sobre un universo de 252 empresas encontró que solo el 7 % había adoptado políticas de derechos humanos y solo 31 % declaró realizar sus actividades teniendo en cuenta su impacto en derechos humanos, a través de códigos de conducta, códigos de ética, políticas de sostenibilidad, políticas de medio ambiente, salud y seguridad ocupacional, entre otros (cf. CONFIEP, s.d., pp. 14-15).

A partir de esta información, y del amplio diálogo multiactor sobre 23 temas priorizados en el diagnóstico, el PNA desarrolló 97 acciones que directa o indirectamente apuntan al mismo objetivo de promover una cultura de conducta empresarial responsable basada en la debida diligencia. Catorce de estas acciones están expresamente dirigidas a cumplir con el objetivo de implementar mecanismos de debida diligencia en el sector empresarial privado y público, teniendo como parámetro a los Principios Rectores y otros estándares complementarios. Estas acciones conjugan la creación de un mecanismo de reporte obligatorio (para empresas públicas) y voluntario (para empresas privadas), la elaboración de un conjunto de 21 guías de temáticas específicas²⁴, la asistencia técnica estatal al sector empresarial, lo que incluye programas de capacitación, y también la evaluación de una propuesta legal de debida diligencia, que tenga en cuenta lo avanzado hasta 2024 en la implementación del PNA²⁵.

El rápido recuento que hemos hecho del proceso de incorporación de la debida diligencia en el ordenamiento interno peruano, que tiene a la aprobación del PNA como su último hito, nos sirve para enfatizar que una ley de debida diligencia (o un tratado internacional vinculante) no vendría sino a formar parte, completar o reconfigurar un marco preexistente, amplio, variado y complejo, de tipo normativo constitucional, legal e infralegal, civil, penal o administrativo; jurisprudencial convencional, internacional y nacional; operativo empresarial, de gestión pública y hasta de incidencia desde la sociedad civil. En ese sentido, un debate sobre una ley de debida diligencia debe considerar todos estos ámbitos como condición de su viabilidad, efectividad y eficacia.

24 Al respecto, revítese las acciones 68, 69, 71 y 73 y 87 del PNA.

25 Nos referimos a la acción 30.

Sobre la necesidad de contar con un marco legal obligatorio de debida diligencia empresarial

Si bien el PNA no logró comprometer la aprobación de una propuesta de ley de debida diligencia, sí puso la cuestión en la agenda de la política pública a través de la acción 30, que obliga a “evaluar una propuesta normativa”, o más puntualmente “la pertinencia de una normativa específica de rango legal que regule la debida diligencia empresarial”, “la misma que se viene adoptando en otros países de Europa y América Latina”, “teniendo en cuenta los avances alcanzados a través del PNA en el fortalecimiento de la política pública sobre PR-CER”.

La fórmula tiene como referente al plan nacional de acción alemán, aunque es de menor alcance, pues en aquel país se estableció un plazo para que las empresas demostrasen que eran capaces de implementar voluntariamente mecanismos de debida diligencia, vencido el cual sin haberlo hecho, el Estado aprobaría una ley que regulase su obligatoriedad. Así, el *Bundestag* alemán aprobó, luego de una ardua y compleja negociación, su *Ley de diligencia debida en la cadena de suministro*, casualmente el mismo día de la publicación de nuestro PNA, el 11 de junio de 2021. El contexto peruano, menos avanzado que el alemán respecto de la política pública de conducta empresarial responsable, hizo difícil lograr un consenso de ese tipo, pero el diálogo multiactor establecido fue suficiente para que el tema no fuese esquivado, gracias también a la incidencia de la Plataforma de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos, que planteó el tema en el proceso de revisión de las acciones, indicadores y metas del PNA.

“Evaluar la pertinencia” de una ley concuerda, además, con el espíritu del proceso de elaboración (y también de implementación y evaluación) del PNA, basado en el objetivo central de promover —a través del diálogo entre iguales, de buena fe, basado en evidencia y en los estándares internacionales— una estrecha articulación entre Estado, empresas y sociedad civil para fortalecer una cultura de protección y respeto de los derechos humanos en el ámbito de las actividades empresariales²⁶. Si la acción 30 es implementada

²⁶ Para un desarrollo más amplio sobre el objetivo central de “articulación” del PNA, cf. Chunga Fiestas (2021, pp. 29-56).



siguiendo esa misma ruta, la evaluación sobre una ley de debida diligencia empresarial debería centrarse, visto el curso de las cosas a nivel global, ya no en si Perú debe o no contar con una ley, o si basta con la implementación voluntaria por parte del sector empresarial, sino sobre el tipo de ley que nuestro contexto requiere, sus alcances y condiciones de efectividad.

La necesidad de una ley no es aún una verdad de Perogrullo, pero está cerca de serlo. Por lo menos a nivel global hay un consenso cada vez más generalizado, sobre todo a partir del desarrollo de los estándares de ONU²⁷ y del sistema interamericano²⁸, así como del gran impulso fáctico que en ese sentido vienen dando, primero, algunos países europeos (Francia, Alemania, Países Bajos y Noruega) y, este año, la propia Unión Europea, a través de su propuesta de directiva sobre la materia²⁹.

Este consenso no está ganando terreno solo a nivel de organismos internacionales de derechos humanos y de Estados sino también entre el propio sector empresarial. En Finlandia, la mitad de los 140 miembros de la campaña por una legislación de este tipo eran empresas. En Francia, el Foro por la Inversión Responsable, que agrupa a 65 inversores, compañías de seguros, bancos, asesores y otras partes interesadas, expresó en 2015 su apoyo a la ley francesa, la primera de su tipo a nivel mundial, aprobada en 2017. En Alemania, de modo similar, 70 empresas, incluidas transnacionales de primer nivel expresaron su apoyo a la ley alemana. Lo mismo ocurrió en Países Bajos, Suiza y, en general, en toda la Unión Europea, en donde el 79 % de las empresas y asociaciones empresariales que participaron en una consulta pública sobre la estrategia de finanzas sostenibles respondieron a favor de un marco europeo de debida diligencia en la cadena de suministro. En el mismo sentido se han expresado las mayores transnacionales de la confección (Adidas, H&M, Inditex, Primark), las telecomunicaciones (Ericsson, Telia Company), trans-

27 Si bien los Principios Rectores no establecieron un camino para la regulación obligatoria de la debida diligencia, este sí ha sido desarrollado, con base en ellos, por otros órganos de Naciones Unidas, como el Comité instaurado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Observación General N° 24 (2017) ya ha señalado que los Estados tienen la obligación de “adoptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de vulneración de los derechos del Pacto”, así como “adoptar medidas como imponer los requisitos de la diligencia debida para prevenir las violaciones de los derechos del Pacto en la cadena de suministro de las empresas y por parte de los subcontratistas, proveedores, franquiciados u otros socios comerciales”. Asimismo, en 2014 el Consejo de Derechos Humanos creó un grupo de trabajo intergubernamental con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante que exigiera a los Estados partes la aplicación de medidas obligatorias de debida diligencia en materia de derechos humanos. Por su parte, en 2019, la Comisión Interamericana recomendó a los Estados de la OEA la adopción de la debida diligencia obligatoria.

28 Ya nos hemos referido sobre este particular a las sentencias de la Corte IDH (2021a & 2021b).

29 La propuesta de directiva fue adoptada por la Comisión Europea el 23 de febrero de 2022. Será presentada al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo para su adopción, luego de lo cual los Estados miembros de la Unión dispondrán de dos años para incorporarla a su ordenamiento jurídico nacional.

porte (Hapag-Lloyd), alimentación (Mondelēz, Nestlé, Unilever), industria del café (Paulig, Tchibo) y del cacao (Tony's Chocolonely, Ferrero, Callebaut AG, Marzo, Ritter Sport), y grandes asociaciones empresariales (European Brands Barry Asociación, ComidaBebidaEuropa, Ánfora, Asociación Europea del Cacao, entre otros). Asimismo, un grupo de 105 inversionistas internacionales que representan cinco billones en activos bajo administración, coordinador por Investor Alliance for Human Rights publicaron en 2020 un llamado a todos los gobiernos para que desarrollen, implementen y hagan cumplir normas de debida diligencia y fortalezcan aún más estos marcos allí donde ya existen (cf. European Coalition for Corporate Justice—ECCJ & Corporate Responsibility—CORE Coalition, 2020, pp. 11-12).

Pero, además, este consenso no es solo declarativo, sino que está basado en evidencia. Como lo ha probado el caso del PNA alemán, la posibilidad de que las empresas adopten cabalmente estos mecanismos de modo voluntario, o sin una fuerte intervención estatal, es bastante baja. En esa evaluación, en 2019, de 3,300 empresas, solo 460 estuvieron dispuestas a ser evaluadas, y de ellas solo entre el 17 % y 19 % pudieron documentar la realización adecuada de la debida diligencia. En 2020, de 2,200 empresas contactadas, solo 455 respondieron, y de ellas solo el 22 % cumplía con los requisitos de debida diligencia. En el caso de 20 de las empresas danesas más grandes evaluadas por el Instituto Danés de Derechos Humanos, 14 obtuvieron una puntuación menor al 50 % en relación con su alineación a los Principios Rectores. Por su parte, un análisis de 2019 de la *Alliance for Corporate Transparency* sobre los reportes de sostenibilidad de 1,000 empresas, arrojó que solo el 22 % contenía información sobre procesos de debida diligencia en derechos humanos, y solo el 6.9 % dio cuenta de un compromiso de brindar reparación a las personas perjudicadas (cf. *European Coalition for Corporate Justice—ECCJ & Corporate Responsibility—CORE Coalition*, 2020, p. 5).

Esta tendencia también ha sido verificada por otros organismos independientes como el *Corporate Human Rights Benchmark*, que en 2019 identificó que la mitad de las empresas evaluadas no cumplía ninguno de los criterios de los Principios Rectores y la Guía de la OCDE, y que el 90 % apenas había adoptado la mitad de las medidas necesarias para garantizar la debida diligencia. O por la Comisión Europea sobre opciones para regular la debida diligencia, que en una encuesta del mismo año identificó que solo el 30 % de las empresas europeas encuestadas aplicaban debida diligencia, pero, además, que el 70 % consideraba que una norma obligatoria a nivel de la Unión Europea podría aportar beneficios (cf. Confederación Sindical Internacional, s.d., p. 6).



El caso peruano, al que ya nos hemos referido anteriormente, guarda grandes similitudes con esta situación, aunque sobre este se tiene mucho menos información, lo que ya es demostrativo de, en líneas generales, el todavía poco interés del sector empresarial por alinear de modo efectivo y riguroso su actuación a los Principios Rectores.

La debida diligencia, al menos respecto de la gran empresa, será obligatoria a nivel global en cuestión de lustros. Que así sea tiene mucho que ver con el aporte de los Principios Rectores, que sin haber establecido una ruta específica para la obligatoriedad de la debida diligencia, han servido como disparador de este avance, junto con otros estándares internacionales como los de la OCDE, la OIT, y otros órganos de tratados de la ONU y del sistema interamericano.

Ello tendrá consecuencias tangibles sobre nuestro comercio internacional, nuestra capacidad de atraer inversión de calidad, y en general sobre nuestra economía y nuestro desarrollo sostenible. Esas consecuencias serán negativas en términos de competitividad y productividad, para nuestra economía, nuestro desarrollo y, por supuesto, para las propias empresas, si no nos preparamos debidamente como país. La implementación del PNA y un diálogo multiactor abierto, de buena fe, sincero, basado en evidencia, sobre los límites y alcances de una ley de debida diligencia pueden ser dos pilares fundamentales para aprovechar esta situación y sacarle provecho.

Algunas recomendaciones en relación con la propuesta de ley de Plataforma de Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos

La construcción de una exposición de motivos convincente

La calidad del proceso de diálogo sobre una ley de debida diligencia será, como en el caso del proceso de elaboración del PNA, tan importante como el resultado, más aún si se toma en cuenta que en su aprobación ya no solo interviene el Poder Ejecutivo y las partes interesadas sino, de modo protagónico, el Congreso de la República, un poder del Estado especialmente complejo que no participó de la construcción y, hasta ahora, de la implementación de la política pública sobre CER, por diversas razones, entre ellas la grave crisis institucional que viene afrontando en los últimos cinco años,

Por ello, al gran esfuerzo que requiere un diálogo de calidad sobre esta propuesta de ley entre Estado, empresas, sociedad civil, pueblos indígenas y sindicatos, se agrega el reto de convencer a los legisladores, incluso sobre cuestiones básicas, como la necesidad de contar con la ley, y sobre temas más complejos como la calidad de su contenido, alineado a los Principios Rectores. Se trata de una argumentación con carga técnica que no debe perder de vista que necesita convencer a un órgano que es político en el mejor y en el peor sentido de la palabra.

Teniendo en cuenta ello, y basados en la experiencia comparada y en la propia ganada en la elaboración del PNA, la exposición de motivos de la propuesta de ley debería explicar con la mayor cantidad de datos posible, al menos, los siguientes temas, varios de ellos basados en falsos dilemas o antagonismos; menciono tres.

En primer lugar, el mito de que la debida diligencia obligatoria solo “afectará” a la gran empresa, que ya tiene una fuerte carga de obligaciones legales, y que representa menos del 0,5 % de las empresas formales, además de que no se ocupa de cerca de 80 % de actividad informal, el principal espacio de vulneración de derechos humanos. Asimismo, que puede convertirse en una carga económica injustificada para la gran empresa, pero mucho más para las pequeñas y microempresas.

Atender esta preocupación legítima requiere de un cuidadoso desarrollo del Principio Rector 14, es decir, el establecimiento de niveles de cumplimiento diferenciados para grandes, medianas, pequeñas y microempresas, que sean proporcionales en función de “la magnitud y complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad” y “la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos”.

Si bien se trata de una verificación realizada en Europa, un estudio de la Comisión Europea no identificó que la debida diligencia generara una carga económica desproporcionada para las empresas, sino que, más bien, el costo de esta generalmente está relacionado con el tamaño de estas; así, los costos recurrentes a nivel de empresa, como porcentajes de sus ingresos, ascendieron a 0.14 % para las pequeñas y micro y a 0,009 % para grandes empresas) (cf. European Coalition for Corporate Justice—ECCJ & Corporate Responsibility—CORE Coalition, 2020, pp. 14-15).



Por otro lado, un estudio de la OCDE de 2016 identificó que la debida diligencia no solo no es una carga injustificada, sino que tiene efectos positivos, ciertamente difíciles de cuantificar, pero que podrían superar los costos económicos de aplicarla, sobre todo en términos de precio de acciones, costo de capital, reputación e imagen de marca, recursos humanos, desempeño ambiental y gestión de riesgos (OCDE, 2016). Asimismo, no debe soslayarse los altos costos que las actividades empresariales irresponsables en derechos humanos generan al medio ambiente y a la sociedad en general, que no los asumen las empresas sino que se externalizan (cf. European Coalition for Corporate Justice—ECCJ & Corporate Responsibility—CORE Coalition, 2020, pp. 14-15).

Establecer esta gradación en la ley peruana requiere de datos, con los que hoy no se cuenta, que permitan una mínima verificación de estos factores que son variables dependiendo, además del tamaño de la empresa, del rubro de la actividad y, de su ubicación territorial, esto último derivado del hecho que el Perú es un país con instituciones estatales débiles en todos los niveles de gobierno, y geográfica y culturalmente diverso.

En segundo lugar, el mito de que la debida diligencia obligatoria generará una desventaja competitiva, que hará que las inversiones dejen el país y se ubiquen en otros que no cuenten con esta legislación, lo que es especialmente peligroso en un país en desarrollo como el nuestro.

Este argumento debe ser abordado, más allá de la afirmación política de que los derechos humanos deben ser respetados, independientemente de los costos económicos que esto genere, con data que demuestre que, por el contrario, aplicar debida diligencia, además de no generar costos desproporcionados, hace más competitiva y productiva a la empresa y, por ende, al país. La Comisión Europea ya ha producido información que prueba este punto, aunque todavía de modo incipiente (OCDE, 2016), pero es necesario producir información propia que incorpore data del contexto latinoamericano y, de ser posible, peruano. Además, es necesario llenar de contenido la política pública de promoción de la inversión, basada en el objetivo de atraer inversión de calidad, es decir, que respete escrupulosamente los derechos humanos, y evitar a toda costa inversiones con bajos estándares de debida diligencia que, a la larga, producen una serie de perjuicios para el crecimiento económico del país y su desarrollo sostenible.

En tercer lugar, la debida diligencia obligatoria complejiza y no genera segu-

ridad y predictibilidad en relación con la responsabilidad por daños prevista en la legislación civil y vinculada con la legislación societaria.

Como ya hemos desarrollado en este artículo, la legislación civil, especialmente la extracontractual, ya prevé consecuencias jurídicas para la producción de daño derivadas de la acción de personas naturales o jurídicas, como las empresas, la misma que debe ser aplicada sistemáticamente en armonía con la legislación societaria y otra relacionada.

Este es un campo de escaso desarrollo en la jurisprudencia peruana que plantea, sin lugar a dudas, retos que deben ser considerados al momento de legislar sobre debida diligencia empresarial en derechos humanos. En principio, no es irrazonable asumir que la responsabilidad civil y societaria deba ser interpretada a través del filtro de la debida diligencia, lo que podría llevar a los jueces a generar nuevas consecuencias sobre la producción de daños (por ejemplo, los daños que sin ser de responsabilidad vicaria, la empresa debería haber evitado bajo los parámetros de los Principios Rectores). Esto abre también la discusión al tema del impacto de esta ley sobre la responsabilidad por daños, tal como está regulada en los nuevos acuerdos comerciales internacionales, pero también en los vigentes. Esta es, en todo caso, un área que no debería pasarse por alto si se quiere garantizar la efectividad de una debida diligencia obligatoria.

Y también hace necesario abordar, para armonizarlo con la ley, el régimen jurídico de reparación judicial y extrajudicial, especialmente para garantizar que determinadas afectaciones, como las medioambientales, las de corrupción y otras que afectan derechos colectivos, se centren en las víctimas y en la forma de garantizarles reparaciones oportunas y concretas que garanticen la no repetición.

Estos, por supuesto, no son todos los temas que debieran abordarse en un debate sobre el contenido de una ley que sea más adecuado al contexto peruano, que tenga una vocación de eficacia en su objetivo. Otros factores, como los altos niveles de informalidad, sobre todo en relación con la cadena de suministro, así como la escasa capacidad instalada del sector empresarial para implementar estos mecanismos, también deben ser tenidos en cuenta, de modo que la ley no se vuelva solamente un elemento impositivo o un mero trámite que las empresas se vean obligadas a cumplir, sino que fortalezcan progresiva y sostenidamente la cultura empresarial y social de protección y respeto de los derechos humanos, y a fin de cuentas, del desarrollo sostenible



que merece el país y su ciudadanía.

Por eso es importante que la discusión sobre esta ley, como lo plantea la acción 30 del PNA, se base en la experiencia adquirida en los primeros años de implementación del PNA. Esta experiencia permitirá contar con una norma legítima y viable, ambiciosa y realista, que aborde eficientemente el gran reto de garantizar actividades empresariales respetuosas de los derechos humanos.

Algunas sugerencias sobre el articulado

Concluyo esta reflexión con cinco comentarios que surgen del repaso de la evidencia desarrollado en las páginas precedentes.

La primera sugerencia es la siguiente. La propuesta de ley plantea que su ámbito de aplicación es la totalidad de empresas, y solo deja abierta la posibilidad de que se establezcan reglas especiales para el caso de las micro y pequeñas empresas “siempre que estas diferencias se sustenten en causas objetivas y razonables”.

Lo más probable es que sea materialmente imposible que la ley sea cumplida en un ámbito tan amplio y que se corra el riesgo de que esa amplitud diluya las posibilidades de que sea aplicada justo allí donde sería más necesaria, es decir, en aquellas empresas que, tal como lo señala el Principio Rector 14, potencialmente pueden causar más consecuencias negativas y cuenten (o debieran contar) con mayor capacidad para implementar un proceso de debida diligencia. Sin llegar a definir cada uno de los tal vez inacabables supuestos priorizados, sería deseable que la ley plantee los criterios con los que una o varias normas reglamentarias (dictadas por cada uno de los ministerios rectores, por ejemplo) acotarán el ámbito de aplicación.

No necesariamente debe seguirse las opciones de Alemania y la Unión Europea que fijan este ámbito por el tamaño del negocio (ya sea por el monto de sus ventas o el número de sus trabajadores), o que excluyen totalmente de la obligación a las micro y pequeñas empresas. Pero sí debería tenerse cuidado de que el cumplimiento de la norma sea viable según la compleja realidad empresarial del país, lo que exige que dicha obligación sea proporcional al tamaño, ubicación, riesgos, entre otros factores, de la empresa. En este caso, podría no lograrse maximizar el aprovechamiento de los recursos estatales, por ejemplo, para supervisar o fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones

descritas en los artículos 12 a 17 de la propuesta, respecto de un universo inabarcable de empresas. Y, como se sabe, tener una ley que se incumple sin consecuencias es peor que carecer de ella.

En segundo lugar, la debida diligencia empresarial, establecida en el principio fundacional 15 y desarrollado en los principios operativos 17 a 21 (segundo pilar de los Principios Rectores), es un proceso continuo que incluye: a) la identificación y evaluación de los impactos adversos reales y potenciales que la empresa pueda generar o contribuir a generar, o se vinculen con operaciones, productos y servicios prestados por sus relaciones comerciales; b) la integración de los resultados de las evaluaciones de impacto y la adopción de medidas; c) el seguimiento de la eficacia de las medidas y los procesos adoptados; y, d) la comunicación sobre la forma en que los impactos adversos están siendo abordados y la demostración de que se están adoptando políticas y procesos para el adecuado cumplimiento de la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Es decir, es preventiva, implica múltiples procesos y objetivos, es proporcional al riesgo, plantea un esfuerzo de priorización, es dinámica, se adecúa a las circunstancias de cada empresa, se adapta a la lógica empresarial, se basa en el compromiso con las partes interesadas, e implica una comunicación continua.

De acuerdo con ello sería razonable que la ley peruana se avoque a desarrollar con la mayor precisión posible todo el proceso de debida diligencia, de un modo básico o general, pero atendiendo a la existencia de normativa, principalmente civil, societaria, de compras públicas, y administrativa en general, a la que la ley, inevitablemente, afectará.

El objetivo es armonizar la legislación y prever problemas de interpretación en la aplicación de las diferentes leyes vinculadas. Es necesario evaluar la posibilidad de que alguna norma vigente será modificada o derogada por la ley, como de hecho se prevé expresamente en relación con el régimen de compras públicas (artículo 27 de la propuesta de ley) o las normas que regulan el funcionamiento del Ministerio Público (artículo 28). Esto es indispensable sobre todo si el objetivo es hacer obligatorio, de modo efectivo, el proceso concebido por los Principios Rectores.

En ese sentido, podría no ser suficiente un artículo genérico como el 18 del proyecto que desarrolla los supuestos de responsabilidad empresarial que, en algunos casos, podrían colisionar con los derivados bajo el marco de la institución de la responsabilidad civil desarrollada en los artículos 1969 y



siguientes del Código Civil. En ese sentido, un mandato amplio y potencialmente ambiguo como el del artículo 18.2 de la propuesta de ley, por el que “las implicancias penales, civiles y administrativas de la responsabilidad empresarial por afectaciones a los derechos humanos o al medio ambiente se rigen por la presente ley y por las normas pertinentes”, podría traer problemas de aplicación cuando, por mencionar solo dos problemas, el intérprete deba dilucidar entre esta y una ley civil o societaria, cuál de las dos es la norma especial para un caso concreto, o se presente una aparente contradicción entre dicho artículo (o el 20.2 y 20.3, referidas a responsabilidad de empresas fusionadas, absorbidas o escindidas, y a la responsabilidad de los directores), y una norma que regula la responsabilidad societaria.

La ley alemana opta por una descripción bastante pormenorizada del proceso en su artículo 2, e incluye precisiones respecto de representación procesal (artículo 3), y la contratación pública (artículo 5). Por su parte, la propuesta de Directiva de la Unión Europea hace lo propio en sus artículos 4 a 11. En este último caso, se opta también por incorporar un glosario de términos que se vincula, precisándolos, con la definición de esas mismas instituciones en otras normas de la Unión de distinta naturaleza. En ese sentido, debería evaluarse la necesidad de hacer un ejercicio similar en el caso de la propuesta de ley bajo comentario. Es un ejercicio complejo y arduo, pero que puede desactivar una serie de problemas graves que podrían hacer muy difícil la efectiva aplicación de la ley bajo comentario.

Un tercer aspecto interesante es la regulación de los deberes del Estado y las empresas para con las víctimas de vulneraciones, aunque tal vez, deberían ser consideradas como personas, colectivos o grupos afectados negativamente, con el fin de fortalecer su posición activa (y no pasiva) en la política pública según recomiendan los Principios Rectores y los organismos internacionales que los promueven. Asimismo, la incorporación de la protección de las personas defensoras de derechos humanos como un deber específico de las empresas (artículo 30), y la descentralización de las medidas estatales para fortalecer la debida diligencia empresarial como una prioridad de la política pública (artículo 31).

En cuarto lugar, de conformidad con la experiencia comparada, podría ser conveniente que la ley especifique aquellos derechos humanos sobre los cuales las empresas deben hacer debida diligencia de modo prioritario, lo que ayudaría a que estas adecúen sus procesos a otros estándares y obligaciones internacionales desarrollados más allá del corpus mínimo previsto

por el Principio Rector 12 (Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo).

Debe considerarse, además, que dependiendo del tamaño, rubro y ubicación de la empresa, los diagnósticos del PNA identifican grupos especialmente vulnerables y derechos humanos reiteradamente vulnerados, algunos de los cuales entran en la clasificación de graves violaciones de derechos humanos (trabajo infantil, trabajo forzoso, trata con fines de explotación laboral, contaminación ambiental, diferentes formas de discriminación contra mujeres, personas adultas mayores, LBTIQ+, afrodescendientes, pueblos indígenas, entre otros). Esa es la opción que ha tomado la Ley alemana (artículo 2), sin que ello signifique que estemos ante una lista cerrada.

Por lo demás, y sin ánimo de ser exhaustivos y agotar todos los puntos de discusión, la norma plantea adecuadamente algunos aspectos centrales en una política pública de conducta empresarial responsable, como la asignación de la rectoría, que hace descansar, como es lógico, aunque no siempre fue de sentido común, en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (artículo 5); la obligación de asegurar capacitación a los servidores públicos (artículo 6) y asistencia técnica a las empresas (artículo 7); y la elevación a rango de ley de los espacios de diálogo y rendición de cuentas existentes desde el inicio del proceso de elaboración del PNA (artículos 8 y 9).

Reflexión final

Una ley de debida diligencia será una herramienta más al servicio de los derechos humanos dentro del amplio ecosistema descrito apenas superficialmente en el presente artículo. Que sea un elemento más no significa que no sea importante. Al contrario. Es el funcionamiento adecuado de cada una de esas múltiples herramientas lo que genera un clima de protección y respeto de los derechos humanos que asegura la paz y el desarrollo sostenible de una sociedad.

La ley no cambia la realidad, pero contribuye a hacerlo, y esa contribución será más significativa mientras mejor responda a esa realidad que pretende cambiar y se articule más armoniosamente con las otras herramientas, a las que debe complementar y reforzar. Por eso el proceso de implementación del PNA y, en particular, de la acción 30, brinda la posibilidad de contar con



una ley efectiva, que no sea una más de los cientos de leyes inoperantes de nuestro país. Aporta a ello el hecho de que el diálogo multiactor sobre la propuesta de esta ley es parte de una política pública de conducta empresarial responsable que, a la vez, despliega esfuerzos estatales, empresariales y de la sociedad civil para contar con una organización estatal coherente en derechos humanos, con políticas corporativas de debida diligencia alineadas con los Principios Rectores, y con una sociedad civil fortalecida para cumplir con la mayor calidad posible su papel de vigilancia, acompañamiento e incidencia.

Estos avances son sustanciales, pero aún son insuficientes para afrontar adecuadamente los problemas históricos que enfrenta el Perú en relación con los derechos humanos y las actividades empresariales. Falta mucho para contar con una cultura de derechos humanos que nos garantice un crecimiento económico que los respete a cabalidad. Aún persisten problemas estructurales como la desconfianza con la que llegan los actores a la mesa de diálogo, la fractura social que sigue impidiendo en muchos casos que todos se reconozcan como iguales, o las dudas y temores legítimos que se guarda respecto de la capacidad del Estado para cumplir con sus funciones desde el bien común y no desde determinados intereses de grupo. Tienen razón. Tradicionalmente, el Estado no ha estado a la altura del reto que impone un país de grandes y permanentes posibilidades que no parecen llegar a concretarse.

Contar con una ley de debida diligencia empresarial basada en la evidencia, adecuada a nuestro contexto nacional, que promueve y garantiza la conducta empresarial responsable de conformidad con los estándares internacionales, constituirá, sin duda, un hito en el afianzamiento de nuestro desarrollo sostenible. Que sea así sigue dependiendo de la buena voluntad con que todas las partes interesadas estén dispuesta a afrontar este reto, a través del trabajo conjunto, fortaleciendo la estrecha articulación iniciada en el proceso de elaboración del PNA.

Referencias

Cantú Rivera, H. (2017). Debida diligencia en derechos humanos. Breves reflexiones. *Derechos humanos y empresas. Reflexiones desde América Latina*, 423-440.

Cantú Rivera, H. Editor (2022). PERÚ. *Experiencias latinoamericanas sobre reparación en materia de empresas y derechos humanos*, 429-503.

Chunga Fiestas, F. (2021). El primer plan nacional de acción sobre empresas y derechos humanos de Perú: proceso de elaboración, acciones priorizadas y su importancia en la política pública. *Revista Justicia y Derechos Humanos*, 5, 29-56.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos—CIDH (2019). *Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*.

Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas del Perú—CONFIEP. (2019). *Guía para el sector empresarial peruano sobre empresas y derechos humanos*.

Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas del Perú—CONFIEP. (s.d.). *Estudio sobre Empresas y los Derechos Humanos en el Perú*.

Confederación Sindical Internacional. (s.d.). *Hacia la diligencia debida obligatoria en las cadenas mundiales de suministro*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4, § 172.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Caso del Pueblo Sarakama Vs. Surinam*. Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, § 129-130.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, §§ 180-184 & §§ 204-207.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. §§ 224-226.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021a). *Caso Buzos Miskitos vs. Honduras*. Sentencia de fondo y reparaciones. Sentencia del 31 de agosto de 2021, § 51.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021b). *Caso Vera Rojas vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de octubre de 2021, § 88.



El Comercio. (2020, 1 de marzo). Los derechos humanos y selectivos. <https://elcomercio.pe/opinion/editorial/editorial-los-derechos-humanos-y-selectivos-noticia/>

European Coalition for Corporate Justice (ECCJ) & Corporate Responsibility (CORE) Coalition. (2020, noviembre). Debating mandatory Human Rights Due Diligence legislation (and corporate liability). A Reality Check.

Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas. (2021). *Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio*. ONU. A/HRC/47/39.

Mamani Ortega, F. (2021). La debida diligencia empresarial en el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025. *Revista Justicia y Derechos Humanos*, 5, 57-74.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2021). Mecanismos de debida diligencia empresarial. Informe de diagnóstico y Línea de Base del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018, 1 de febrero). Decreto Supremo N° 02-2018-JUS. *El Peruano*, 35(14389), 17-18.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2021, 11 de junio). Decreto Supremo N° 09-2021-JUS. *El Peruano*, 26-28.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2008, 12 de septiembre). Decreto Supremo N° 006-2008-TR. *El Peruano*, 25(10357), 379512-379514.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022, 23 de febrero). Decreto Supremo N° 001-2022-TR. *El Peruano*, Edición extraordinaria, 2-4.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2016, junio). Cuantificación de los costos, beneficios y riesgos de la diligencia debida para una conducta empresarial responsable: marco y herramienta de evaluación para empresas. OCDE.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020). *Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable: Perú*. OCDE.

Rodríguez Garavito, C. Editor (2018). Conclusiones. El futuro del campo de las empresas y los derechos humanos: una visión ecosistémica. *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil.* (269-287).

Ruggie, J. G. (2014). ¿Solamente negocios? Multinacionales y derechos humanos, 39.





Una ley de debida diligencia empresarial basada en evidencia y en el diálogo multiactor

Eduardo Ernesto Vega Luna

Introducción

Desde junio de 2021 nuestro país cuenta con un Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025 (en adelante, PNA), fruto de un arduo trabajo de 132 instituciones del Estado, las empresas, la sociedad civil organizada, los pueblos indígenas, los sindicatos, que contó con el apoyo de instituciones internacionales y de la cooperación internacional. El PNA apostó por lograr el consenso y compromiso de todas las partes para que el Perú cuente con un marco de política que consolide su desarrollo sostenible, lo que no estuvo exento de dificultades y discrepancias. Hoy, aún estamos a la espera de acciones concretas para su correcta implementación.



En este contexto, Perú Equidad, organización de la sociedad civil de larga trayectoria en defensa de los derechos humanos, me ha pedido comentar la propuesta de ley de debida diligencia empresarial elaborada por la Plataforma de Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos (PSCEDH). Respecto de ella, en principio debo destacar la importancia de que organizaciones de la sociedad civil se involucren a profundidad en una labor de vigilancia e incidencia sobre la política pública para que las empresas cumplan con sus obligaciones de respeto de los derechos humanos. Esto se condice, hoy en día, con la actuación de aquellas empresas y gremios empresariales que se preocupan cada vez más porque sus actividades respeten los derechos humanos, prevengan posibles consecuencias negativas y tengan una conducta empresarial responsable.

En las últimas décadas la labor de la sociedad civil peruana ha sido fundamental para poner en la agenda pública una serie de problemas de derechos humanos que no venían siendo atendidos debidamente por el Estado y a los que un gran sector de la ciudadanía tampoco prestaba suficiente atención. A partir de esa actuación, compleja y difícil, muchas veces malentendida, el país ha podido avanzar en temas como la reparación y la memoria histórica sobre la violencia y el terrorismo del periodo 1980-2000, los derechos de los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, mujeres, personas LGBTI, afrodescendientes, trabajadores y trabajadoras y otros grupos vulnerables. En mis 25 años de labor, ya sea desde las organizaciones de la sociedad civil, la Academia, o la función pública, he tenido el privilegio de ser testigo de este trabajo, y de apoyarlo. Tengo la convicción, por tanto, de que la sociedad civil organizada es y debe seguir siendo un actor protagónico, que junto con el Estado y las empresas, garanticen el éxito de esta política pública.

Por eso celebro el fuerte compromiso con el PNA —crítico, como corresponde— expresado por las organizaciones de la sociedad civil. El éxito de la implementación del plan dependerá en gran medida de la capacidad del Estado para articular eficazmente con las diferentes partes interesadas que participen en la mesa multiactor, entre las que, sin lugar a dudas, las empresas y la sociedad civil organizada tienen una posición central. Que sea la sociedad civil la que promueva el inicio de una necesaria discusión sobre una ley de debida diligencia empresarial obligatoria, con la seriedad, objetividad y amplio debate que el tema amerita, puede ser muy beneficioso para implementar y fortalecer la política pública nacional sobre conducta empresarial responsable (en adelante, CER).

En esa línea, en el presente artículo abordo algunos puntos que me parece pueden contribuir con la discusión, desarrollados desde lo general hacia lo particular, intentando que la propuesta de ley (lo particular) aproveche los avances, debilidades, pendientes y retos de los marcos internacional y nacional, los mismos que se conectan directamente con problemas estructurales con los que el Perú convive históricamente (lo general). De este modo, me parece apropiado empezar por una breve referencia al valor de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y otros estándares internacionales, así como al primer Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025, aprobado durante el gobierno transitorio del Presidente Francisco Sagasti, para luego plantear algunas recomendaciones sobre la metodología con la que debe discutirse la necesidad y contenido de una ley de debida diligencia empresarial, así como algunas observaciones puntuales respecto del articulado de la propuesta preparada por Perú Equidad, derivadas del marco previamente desarrollado.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y el Plan Nacional de Acción peruano como marco de referencia de una ley de debida diligencia

Desde su aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2011, los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, los PR) estuvieron sujetos a controversia, sobre todo desde el sector mayoritario de la sociedad civil, que desconfiaba de ellos por considerarlos insuficientes y débiles como marco internacional para garantizar que las empresas respeten efectivamente los derechos humanos en el ámbito de sus actividades y que se hagan responsables en caso de afectarlos negativamente.³⁰

Desde la óptica de la sociedad civil dos deficiencias eran centrales. En primer lugar, su aparente vocación de solo constituir un marco de referencia vo-

³⁰ Una parte importante de estas posiciones han sido desarrolladas por César Rodríguez Garavito, Surya Deva, Tara Melesh, Larry Catá y otros, en el libro colectivo editado por César Rodríguez Garavito: "Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil." Buenos Aires, Siglo XXI Editores y DeJusticia, 2018. 320 p.



luntario para las empresas, lo que lo terminaría convirtiendo en un instrumento decorativo y de escaso impacto en la grave situación de vulneración de derechos, especialmente de los grupos más vulnerables. Ello era asumido, además, como una derrota en la lucha de los defensores de derechos humanos por hacer directamente responsables a las empresas. En segundo lugar, se hizo notar la poca importancia que se daba en la estructura de los pilares Proteger, Respetar y Remediar de los PR a la sociedad civil y a las poblaciones afectadas, estas últimas vistas como víctimas o beneficiarias del marco internacional antes que como actores protagónicos del mismo. Algunas propuestas planteadas en la etapa previa a la aprobación de los PR, habían insistido incluso en el reconocimiento de un cuarto pilar, que reconociese la importancia de la participación de la sociedad civil y la ciudadanía en general como parte fundamental del marco internacional.

Si bien en alguna medida estos señalamientos subsisten y los PR siguen estando a prueba en relación con estos y otros cuestionamientos, diez años después de su aprobación, su aplicación concreta, limitada aún a pocos países, sectores empresariales y espacios sociales, ha dado lugar a una serie de cambios positivos, que aun siendo insuficientes, deben ser valorados y aprovechados por cualquier política pública nacional que tenga por objetivo su efectiva incorporación en el ordenamiento interno.

El informe sobre el balance del primer decenio de los PR, del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (en adelante, el GT)³¹, da cuenta de que el marco internacional los PR han generado un cambio significativo aún en curso en aspectos centrales como:

- i) El reconocimiento de que todos y todas, incluidas las empresas, tienen obligaciones para con los derechos humanos que no se agotan en el simple cumplimiento de la ley y que, por tanto, subsisten incluso cuando los Estados no estén a la altura de sus propias obligaciones. A partir de los PR se ha ido y se seguirá ampliando el sentido común básico de que el respeto de los derechos humanos es una condición operativa de las empresas, y que esta condición diferencia a las empresas responsables de las no responsables. Ligado a ello, se ha reforzado la convicción de que corresponde al Estado garantizar que las empresas respeten

31 Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio - Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas - A/HRC/47/39).

efectivamente los derechos humanos en el ámbito de sus actividades, lo que ha generado que se ponga atención en la coherencia estatal para lograr ese objetivo (otro de los componentes centrales de los PR), y en la consecuente implementación una política pública ad hoc.

- ii) A partir de ello, un aporte en su momento innovador, es la expectativa de que las empresas ejerzan la debida diligencia en materia de derechos humanos, lo que se está transformando en una norma de conducta jurídicamente vinculante, y que tal como señala el GT es la “piedra angular” de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y es probablemente la “contribución más influyente” de los PR.

Esta influencia se refleja en el hecho de que la debida diligencia ha sido incorporada en otros instrumentos internacionales que también tienen la calidad de estándar: las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante la OCDE) para Empresas Multinacionales, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social revisada de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la OIT), la Norma ISO 26000, relativa a la responsabilidad social. Asimismo, es la norma de referencia para el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y sus participantes sobre las políticas y los procesos que deberían aplicar para asegurarse de que siguen los principios del Pacto Mundial.

La debida diligencia basada en los PR ha sido asumida también por organizaciones como la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) y el Comité Olímpico Internacional (COI), así como por un grupo cada vez más grande de empresas multinacionales y gremios empresariales globales y nacionales, como la Organización Internacional de Empleadores (OIE) y, en el caso peruano, la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (Confiep).

- iii) Los PR, y en particular la debida diligencia que se desarrolla en su segundo pilar, “Respetar”, han contribuido a fomentar un diálogo entre múltiples partes interesadas basado en un lenguaje común tanto para el Estado, el sector empresarial privado y público y las organizaciones de la sociedad civil. A grandes rasgos, ninguno de los actores pone en duda la validez del concepto de debida diligencia y de sus componentes, lo que permite centrar el debate sobre su aplicación práctica,



terreno aún brumoso, pero que ha encontrado espacio fértil para su desarrollo en los planes nacionales de acción, herramientas de gestión pública que progresivamente van fortaleciéndose como mecanismo global de implementación de los PR y, en particular, de la debida diligencia empresarial.

Y en efecto, el PNA peruano, aprobado en junio de 2011³², desarrolla estos tres aspectos con amplitud. Así, expresa la voluntad política del Estado de implementar los PR a través de una política pública de CER ajustada a estos y otros estándares internacionales complementarios, con el objetivo de lograr la coherencia estatal en esta materia. Pero, además, el PNA tiene como eje central la debida diligencia empresarial, para cuya implementación progresiva promueve una articulación entre el Estado, las empresas, y la sociedad civil en toda su diversidad. No creo que sea exagerado afirmar que la aprobación del PNA marca un hito en la Historia de las políticas públicas del país, tanto en su contenido mismo como en la forma de su elaboración.

En el fondo, podría marcar el inicio de un cambio sustancial del paradigma estatal de desarrollo, en el que se profundiza con más claridad en la conexión intrínseca entre desarrollo económico y enfoque de derechos humanos en las políticas públicas. Después de treinta años constituye un cambio significativo que la política pública, centrada principalmente en resguardar la estabilidad de las cifras macroeconómicas (aumento del Producto Bruto Interno y de la balanza comercial, control de la inflación y del tipo de cambio, entre otros), ahora le preste mayor atención a contar con políticas públicas, como el PNA, que desarrollen concretamente el modelo económico de estado social de derecho previsto en la Constitución, y que cumplan con mayor rigor las obligaciones asumidas por el Estado peruano a través de los tratados internacionales de los que es parte.

En la forma, el PNA profundiza el modelo deliberativo de formulación e implementación de una política pública, maximizando los esfuerzos de articulación de todos los actores sociales y empresariales con el Estado a través de un diálogo multiactor permanente y entre iguales durante todo el ciclo de la política pública. Teniendo en cuenta las 132 instituciones que formaron parte de su proceso de elaboración, es muy probable que el PNA sea el instrumento de gestión pública del país más participativo, o uno de los que mejor ha to-

32 Mediante el Decreto Supremo N° 09-2021-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de junio de 2021. Este decreto supremo fue el primer plan nacional en materia de derechos humanos suscrito por la totalidad de los ministros que conforman el Consejo de Ministros, incluido el del Sector Economía y Finanzas.

mado en cuenta la calidad de un diálogo entre distintas voces como forma de dotarlo de legitimidad, lo que es una condición de su viabilidad y eficacia.

Así, luego de un periodo de cerca de dos años este diálogo, el proceso produjo informes de diagnóstico y línea de base sobre 23 temas priorizados, a partir de los cuales se consensuaron 97 acciones y más de 150 indicadores y metas a cargo, directamente, de doce sectores, e indirectamente, de todo el Poder Ejecutivo, el Sistema y de Justicia y los gobiernos regionales y locales, organizados en cuatro ejes, uno de los cuales está centrado en la promoción de la debida diligencia empresarial.³³

Cada uno de los informes de diagnóstico sistematizó información sobre las buenas prácticas empresariales en materia de derechos humanos, las mismas que han estado centradas en una serie de compromisos de política corporativa expresados en guías, códigos de conducta, protocolos de gestión, estos últimos principalmente en los sectores de minería, hidrocarburos, energía y agricultura. Cabe destacar que uno de los informes³⁴ estuvo dedicado a evaluar el nivel de implementación de los mecanismos empresariales de debida diligencia. Sin embargo, dada la escasa información sistematizada sobre la materia, dicho informe fue desarrollado a partir de los resultados de una encuesta³⁵ aplicada por el Centro de la Conducta Empresarial de la OCDE, en el marco del Proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y El Caribe (CERALC),³⁶ centrado en el desarrollo de políticas corporativas generales y comunicacionales sobre CER, procesos de debida diligencia basada en el riesgo, impacto de la crisis por la Covid-19, entre otros asuntos relacionados.³⁷

La información aportada por 110 empresas con operaciones en Perú arrojó que el 69 % contaba con una política por escrito que hace referencia explícita a una o más cuestiones vinculadas a la CER (derechos humanos, empleo y derechos laborales, medio ambiente, lucha contra el soborno, intereses de los

33 El desarrollo de estos cuatro ejes está descrito en: CHUNGA, Federico. "El Primer Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos de Perú: proceso de elaboración, acciones priorizadas y su importancia en la política pública". En: "Justicia y Derechos Humanos. Revista del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos". Lima, diciembre de 2021, p. 29-56.

34 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. "Mecanismos empresariales de debida diligencia. Informe de diagnóstico y línea de base del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025". Lima, octubre de 2021. 11 p.

35 Las 31 preguntas de la encuesta, aplicada entre noviembre de 2020 y enero de 2021 fue respondida por 501 empresas de los sectores extractivo, agrícola, textil y calzado, y financiero, en nueve países de América Latina. La información correspondiente a las 110 empresas de Perú formó parte del diagnóstico del PNA peruano.

36 Proyecto financiado por la Unión Europea y administrado por la oficina de la Acnudh, la OCDE y la OIT.

37 OCDE (2020), Estudios de la OCDE sobre políticas públicas de conducta empresarial responsable: Perú, OCDE Paris.



consumidores, entre otros). Sin embargo, menos de la mitad señalaron aplicar la debida diligencia en sus cadenas de suministro, es decir, proveedores y socios comerciales y otros.

Asimismo, si bien la mayoría indicó que verificaba la eficacia de sus prácticas de debida diligencia a través de auditorías internas, auditorías externas y procesos de certificación, dicha verificación fue mayor respecto de medidas de lucha contra el soborno y menor cuando se trató de otros temas de derechos humanos. Por otro lado, la encuesta evidenció que la implementación del enfoque CER es muy débil en el caso de medianas y pequeñas empresas. Pese a ello, es de destacar que la debilidad de la implementación operativa por parte de las empresas es asumida como un reto por un importante sector. Así, la encuesta identifica que un 67 % es consciente de la necesidad de promover la formación y el desarrollo de capacidades sobre la materia, así como de contar con asistencia técnica para la aplicación de PR y otros estándares internacionales.³⁸

Esto es, según la información recopilada, hay avances desde el sector empresarial formal, pero por supuesto estos son insuficientes en un contexto como el peruano, en el que coexisten graves problemas estructurales como la pobreza, la informalidad (cercana al 80 %), la discriminación, la corrupción, la conflictividad social, la debilidad institucional estatal, y en general una aun escasa cultura de derechos humanos, menor aún en relación con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En efecto, en contraste con los avances informados por las empresas, varias organizaciones de la sociedad civil y las propias personas y grupos afectados siguen denunciando la vulneración de sus derechos por determinadas prácticas empresariales, así como la poca atención que se presta a esta problemática desde el Estado y el sector empresarial. Los diálogos de la mesa multiactor y los informes de diagnóstico del PNA grafican con bastante claridad esta discrepancia entre el discurso empresarial de que se está avanzando concretamente en materia de debida diligencia y el débil impacto de estos avances que verifican las comunidades, las personas y los grupos afectados. Esta situación no debe ser vista como un problema irresoluble sino más bien como una oportunidad de reforzar la colaboración entre múltiples partes interesadas, bajo el liderazgo del Estado, y esa es la gran puerta que puede terminar de abrirse a través de una política pública como el PNA.

38 OCDE. Ibid.

Aun cuando la sociedad civil, los pueblos indígenas y los sindicatos han sido críticos sobre la ausencia en el PNA de acciones que atiendan algunas problemáticas, los compromisos que se han logrado consensuar son un buen punto de inicio para ampliar la agenda, a condición de que su implementación sea realizada bajo estándares internacionales, como lo prevé el propio instrumento de gestión. Estos compromisos iniciales pueden servir como disparadores de otros compromisos que podrían ser incorporados en la etapa de implementación o que podrían generar acciones implementadas directamente por las empresas o por los diferentes órganos estatales.

En ese sentido, debe destacarse que 14 de las 97 acciones del PNA están referidas expresamente a la implementación de mecanismos de debida diligencia en el sector empresarial, tanto del sector privado como del sector público. Una de ellas (la 87) dispone la creación e implementación de un mecanismo estatal, afincado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, MINJUSDH), de seguimiento, monitoreo y reporte voluntario de las medidas empresariales de debida diligencia para el sector privado, mientras que otras dos (80 y 81) dispone la misma acción para las empresas públicas, pero en este caso, con carácter obligatorio e instalado en la Corporación del Fondo Nacional de Administración de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe). Es importante señalar que el PNA incorporó una acción (96) para dejar en claro que dichos mecanismos debían incorporar medidas que atiendan expresamente el pilar de Reparación de los PR, posiblemente el más débil cuando se trata de su implementación en políticas públicas nacionales. Asimismo, tres acciones (67, 83 y 86) están dirigidas a brindar asistencia técnica a las empresas en la implementación de estos mecanismos operacionales, con énfasis en temas como agricultura, seguridad y salud en el trabajo.

Seis de las catorce acciones están destinadas a la producción de guías específicas de implementación de debida diligencia para uso del sector empresarial. La acción 68 establece la producción de 16 guías sobre temas abordados en los informes de diagnóstico, mientras las 69, 70, 71 y 73, sobre temas adicionales como micro y pequeña empresa, unidades mineras en pequeña escala, personas defensoras de derechos humanos, y relaciones de consumo y publicidad, respectivamente. La acción 97 pone énfasis en una guía específica para incorporar en estos mecanismos el pilar Reparación.

Finalmente, el PNA contiene una acción (la 30) dirigida a evaluar una propuesta legal sobre debida diligencia empresarial, a partir de los avances alcanzados a través del PNA en el fortalecimiento de la política pública sobre



CER. A diferencia del PNA alemán, en el instrumento peruano solo se llegó a plantear la “evaluación” de una propuesta de norma obligatoria, con lo que en estricto la propuesta de ley no es un compromiso asumido por el Estado peruano.

Este escaso nivel de avance demuestra un limitado consenso de los actores en torno a la necesidad de contar con una ley de este tipo. Sin embargo, la acción cumple con poner el tema en la agenda de la política pública y da pie a que desde el Poder Ejecutivo, la sociedad civil, y el propio sector empresarial, se haga incidencia y se profundice el diálogo en relación con el contenido y condiciones de implementación de la ley. La acción, en el fondo, puede ser entendida como un reto para utilizar la implementación del PNA como una plataforma para fortalecer la política pública a través de normas internas vinculantes.

La estructura del PNA —y el tipo de acciones, indicadores y metas que ha priorizado, especialmente en lo que se refiere a la debida diligencia empresarial— es la manifestación de un claro llamado al trabajo colaborativo entre Estado, empresas, sociedad civil, pueblos indígenas, sindicatos, ciudadanía y organizaciones internacionales y de la cooperación internacional. Su espíritu ampliamente participativo se basa en el reconocimiento de la complejidad de los problemas que aborda y en la seguridad de que, no perdiendo de vista que el Estado y el sector empresarial son los principales obligados a cumplir con las obligaciones de protección, respeto y reparación de los derechos humanos, la implementación del PNA y el éxito de la política pública sobre CER son inviables si no incorpora las necesidades, exigencias y puntos de vista de todos los actores.

Condiciones básicas para un diálogo de calidad sobre una ley de debida diligencia empresarial

El contexto en el que nos aprestamos a dialogar sobre una ley de debida diligencia empresarial es sustancialmente mejor a aquel en que se discutió el Lineamiento N° 5 del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, en noviembre de 2017, a través del cual el Estado peruano se comprometió a elaborar un PNA basado en un diálogo entre iguales, participativo, transparente y descentralizado. Hace más de cuatro años las diferentes partes in-

teresadas no contaban con un marco común a partir del cual construir la política pública, lo que se agravaba por una profunda desconfianza entre los actores, basada en una escasa cultura de diálogo multiactor para la formulación e implementación de políticas públicas.

Los más de dos años del proceso de elaboración de la metodología, el diagnóstico y línea de base y el PNA propiamente dicho, han permitido construir paulatinamente ese lenguaje común asentado en los estándares internacionales. A pesar de que aún persisten fuertes discrepancias entre los sectores sobre el origen y las mejores formas de afrontar determinados problemas públicos, se ha logrado acercar posiciones y en no pocos casos alcanzar importantes consensos. Ello no significa que la implementación será fácil sino que esta cuenta ahora con algunas herramientas y condiciones que deben ser utilizadas y fortalecidas.

En ese sentido, atendiendo a la experiencia ganada en el proceso de elaboración del PNA, sobre todo respecto de la calidad del diálogo multiactor, que ha sido, a pesar de puntuales deficiencias, altamente participativo y transparente, me permito sugerir a continuación algunas acciones que considero necesarias para garantizar que al final de este diálogo contemos con una propuesta de ley de debida diligencia viable y potencialmente eficaz para la causa de los derechos humanos:

- a) Fomentar una capacitación intensiva para que todos los actores adquieran en el plazo más breve posible una comprensión común del concepto y componentes básicos de la debida diligencia empresarial, lo que permitirá una discusión de mayor calidad sobre el contenido, limitaciones e implicancias de una ley. Hacerlo resultará útil dado el poco desarrollo comparado y nacional que ha alcanzado este tema en términos operativos; que aún es reducido el número de empresas que lo manejan o implementan con solvencia, así como que la comprensión de la sociedad civil sobre el mismo es dispar y es asumida, por razones comprensibles, desde un punto de vista a veces discrepante con el del sector empresarial y el Estado. Esta capacitación debe alcanzar a los funcionarios públicos, en la medida de lo posible ser descentralizada y, por supuesto, basarse en los estándares internacionales y las buenas prácticas de los países que ya cuenta con normativa de este tipo. La principal responsabilidad de promover e implementar esta estrategia de capacitación corresponde al Estado, que debe aprovechar su capacidad ganada a lo largo del proceso de elaboración del PNA para articular



larla eficientemente con las otras partes interesadas, y para convocar el apoyo de organizaciones internacionales con una alta especialización en la materia, como la Oficina de la ACNUDH, la OCDE, la OIT, entre otros.

- b) Desarrollar un diagnóstico colaborativo sobre la implementación de mecanismos de debida diligencia empresarial que tenga en cuenta las buenas prácticas descritas en los documentos de diagnóstico del PNA, los resultados de la encuesta específica de la OCDE, y que incorpore información actualizada aportada por el sector empresarial. Este diagnóstico debiera al menos evaluar los componentes de la debida diligencia desarrollados en los PR y otros instrumentos internacionales complementarios, las guías de la OCDE y de instituciones como el Instituto Danés de Derechos Humanos, así como lo desarrollado en normativa comparada, tanto obligatoria como voluntaria.

Se debe identificar también los nudos que se presentan en las operaciones empresariales para una adecuada implementación, así como sus fortalezas, poniendo atención particular en aquellas identificadas en rubros empresariales particulares que puedan ser aprovechables para la generalidad de las empresas. El diagnóstico permitirá conocer hasta qué punto deben implementarse medidas legales diferenciadas para la gran, mediana, pequeña y micro empresa, así como para los diferentes rubros de actividad empresarial; aportará también una mayor conciencia sobre las dificultades que enfrenta una reglamentación de la debida diligencia en la cadena de suministro. De ese modo podrá plantearse una priorización razonable de aquellas áreas de la debida diligencia que requieren una reglamentación más precisa, ya sea porque presentan mayores problemas prácticos o porque requiere n un desarrollo conceptual más profundo.

La propuesta se beneficiaría si el diagnóstico sistematiza las normas del ordenamiento interno que regulan directa o indirectamente la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, sean estas de naturaleza civil extracontractual, penal, administrativa, constitucional o de otra índole. Contar con esta información contribuirá a un análisis sistemático que robustezca la calidad de la regulación.

- c) Integrar en la discusión el punto de vista de trabajadores, pueblos indígenas, organizaciones de la sociedad civil, personas y grupos afect

tados, y de la ciudadanía en general. Si bien la acción 30 prevé como meta de cumplimiento el año 2024, ello no significa que el diálogo en torno a la propuesta de ley no pueda iniciarse desde ahora. Sin embargo, siguiendo el espíritu con el que fue concebida y consensuada dicha acción, se hace necesario que esta propuesta de ley recoja los aprendizajes de la implementación del PNA, en especial aquellos obtenidos de la experiencia de la implementación del mecanismo de monitoreo de la debida diligencia empresarial privada y pública, de la aplicación de las guías, y del propio bagaje recopilado por el sector empresarial.

Desde este punto de vista podría ser útil que en las etapas iniciales el diálogo sea fomentado y desarrollado en espacios periféricos al del comité y la mesa multiactor del PNA, pero reconocida por estos como una actividad impulsada por alguno de los sectores (como, en este caso, la sociedad civil) como parte del proceso de implementación del PNA. De este modo, en una etapa más avanzada del diálogo, por ejemplo a finales de 2022 o inicios de 2023, los insumos obtenidos podrían insertarse con naturalidad en los espacios formales multiactor del PNA como un aporte de calidad al fortalecimiento de la política pública.

- d) Aprovechar los indicadores de medición de la calidad de la implementación de la debida diligencia empresarial que ya han sido desarrollados por las propias empresas, así como por organizaciones como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, el Global Reporting Institute, el Instituto Danés de Derechos Humanos, la Bolsa de Valores de Lima, entre otros, pasándolos, cuando corresponda por el filtro de los PR alineados con el contexto nacional.

Aplicar ese filtro debiera significar que esos indicadores garantizan una medición real y verificable del impacto y eficacia de la debida diligencia para la mejora de los derechos humanos, especialmente de las personas y grupos vulnerables, en el ámbito de las actividades empresariales. En esta tarea debe aprovecharse nuevamente la plena disposición a colaborar con la implementación del PNA que han venido demostrado las organizaciones internacionales y de la cooperación internacional.

- e) Incorporar progresivamente al Congreso de la República en el diálogo, en la medida que está en manos de este poder del Estado convertir en ley esta propuesta preparada por la sociedad civil y discutida en



el seno de los espacios multiactor del PNA. A ese respecto, debe evaluarse aquellas estrategias que puedan resultar más efectivas para que los congresistas obtengan una comprensión ajustada a los estándares internacionales de esta materia. Actividades de capacitación, mesas de diálogo, campañas de comunicación, entre otras actividades de incidencia, podrían ser útiles para conseguir la aprobación oficial de una norma de calidad.

Un tercer gran reto es seguir profundizando un diálogo multiactor cada vez de mayor calidad entre el Estado, el sector empresarial y los actores sociales. El diálogo es fundamental para la eficacia de cualquier política pública. En el caso del diálogo sobre debida diligencia empresarial, que es el corazón de la política pública, permitirá el fortalecimiento de la legitimidad de esa política, la confianza en el Estado y entre los actores; reforzará la institucionalidad democrática y tendrá, si se realiza adecuadamente, un impacto significativo en la prevención de la conflictividad y el logro de la paz social, además de garantizar que el instrumento de gestión pública sea efectivo y eficiente para resolver progresivamente los problemas identificados.

Algunas recomendaciones puntuales sobre el articulado de la propuesta de ley sobre debida diligencia empresarial preparada por la Plataforma de Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos

La propuesta de ley de la Plataforma de Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos consta de 32 artículos organizados en cuatro títulos, el primero de ellos dedicado a disposiciones generales, y los siguientes tres, respectivamente a cada uno de los pilares de los PR: Proteger (Estado); Respetar (Empresas); y Reparar (Estado y Empresas). Contiene además tres disposiciones finales complementarias y transitorias y una disposición final modificatoria única, relacionada con el cambio del régimen de competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo (artículo 2 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo).

Lo primero que se advierte de esta estructura es que, más que ante una ley de debida diligencia empresarial, estamos ante una ley de empresas y derechos humanos o una que desarrolla la política pública de conducta empresarial responsable, en toda su amplitud, incluyendo modificaciones normativas que afectan aspectos tanto del pilar 1 como del pilar 3 de los PR.

El alcance de la normativa propuesta es, por tanto, sustancialmente distinta a la de las dos principales leyes comparadas sobre la materia, las leyes francesa y alemana, las cuales se enfocan en desarrollar con más concreción la debida diligencia empresarial a nivel operacional, esto es, en relación directa con el pilar 2 de los PR. Es necesario un estudio a mayor profundidad sobre las razones de esta diferenciación, pues claramente los contextos normativos de ambos países europeos, tan distintos de Perú en fortaleza de la institucionalidad estatal por ejemplo, influyen en el contenido de sus respectivos cuerpos normativos.

Pero no deja de ser cierto que la propia debilidad institucional peruana podría hacer exigible, por nuestra parte, una ley de ámbito de aplicación más acotado, a partir de la cual se pueda ir ganando cada vez más terreno normativo en esta u en otras leyes vinculadas con los deberes estatales de promover y garantizar la debida diligencia empresarial en derechos humanos.

La evaluación que se haga debe tener en cuenta la alta complejidad de la tarea de modificar a través de esta ley diferentes cuerpos normativos, sobre todo los relacionados con el Pilar “Reparación” (Título IV), que regula por ejemplo los criterios de determinación de lo que es una víctima y las vías judiciales que tiene expeditas para exigir una reparación a su derecho vulnerado y las correspondientes sanciones a la empresa en la vía penal, administrativa o civil. Al respecto debe evaluarse cuidadosamente si en el marco de nuestro sistema legal de responsabilidades civiles, penales y administrativas, esta regulación corresponde a una ley de este tipo y si colisiona o distorsiona otras instituciones jurídicas distintas a las de derechos humanos y por lo tanto puede afectar la comprensión del ordenamiento jurídico como un sistema.

Ello no quiere decir que regular todos los alcances de la prevención y atención de las afectaciones negativas a los derechos humanos provocadas por las actividades empresariales no sea importante y, hasta cierto punto, deseable. Sin embargo, esta decisión debe tomarse en cuenta atendiendo a otros criterios, tanto técnico- jurídicos (que tienen que ver con la sistematicidad del ordenamiento) como políticos y prácticos (la posibilidad de generar consensos y el convencimiento del legislador respecto de las bondades del proyecto de ley).

Dicho esto sugiero evaluar una estructura que desarrolle específicamente los componentes de la debida diligencia empresarial, en línea con los principios rectores del Pilar 2, con la guía de debida diligencia de la OCDE, con la



Declaración Tripartita de la OIT, y también en sintonía con las 14 acciones contempladas en el PNA vinculadas con la implementación de medidas operacionales de debida diligencia y un mecanismo estatal de monitoreo de la implementación de dichas medidas por parte de las empresas.

Siguiendo el orden en el que estos componentes están planteados en los principios rectores 11 al 24 (Pilar 2), podría ponerse atención en el desarrollo de los siguientes ítems:

- a) Contenido y alcances de la obligación de la empresa de respetar (artículo 10 de la propuesta)
- b) Concepto y componentes intrínsecos de la debida diligencia (artículo 11)
- c) Derechos que deben ser protegidos por la debida diligencia
- d) Empresas obligadas a implementar debida diligencia (artículo 2)
- e) Régimen diferenciado de debida diligencia para empresas grandes, medianas, pequeñas y micro, y criterios de diferenciación
- f) Contenido operativo de la debida diligencia: compromiso político, etapas del proceso y énfasis del mecanismo para garantizar la reparación.
- g) Análisis de riesgos y requisitos para su validez y optimización (14)
- h) Evaluación y vías para ajustar los mecanismos
- i) Transparencia y rendición de cuentas (artículos 8, 9, 13)
- j) Vías y criterios de participación de las partes interesadas

Adicionalmente a estos temas, la ley alemana regula:

- a) La obligación de debida diligencia para proveedores indirectos
- b) Las sanciones para la omisión de reportar sobre la implementación de los mecanismos de debida diligencia, lo que incluye la exclusión de la concesión de contratos públicos, multas coercitivas y multas punitivas.

En línea con lo previsto en el PNA, también debería evaluarse la inclusión:

- a) Un mecanismo de monitoreo de la implementación de los mecanismos operacionales de debida diligencia empresarial
- b) El procedimiento para la aprobación, implementación y reporte de guías de debida diligencia, tanto la general, como las dedicadas a diferentes rubros empresariales, grupos vulnerables o problemáticas específicas.

Como puede advertirse, la propuesta de ley presentada por la Plataforma de Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos es una excelente oportunidad para iniciar un diálogo sobre una materia de alta complejidad. Implementar en el país una regulación sobre debida diligencia empresarial obligatoria, basada en estándares internacionales, que tenga en cuenta a la vez las fallas estructurales del Estado peruano, la compleja realidad socio económica de un país diverso como el Perú, y que incorpore todas las miradas y voces alrededor de la problemática, es un reto que solo puede ser superado a través de un trabajo colaborativo y riguroso. Estoy seguro que ese es el camino que se inicia con un diálogo con todos los y las colegas que participan de esta publicación.





¿Legislaciones en materia de empresas y derechos humanos de nueva generación? Mirada comparada entre Francia y Perú

Maria Isabel Cubides Sanchez

Los últimos cinco años han visto una transformación acelerada del panorama jurídico en el área de empresas y derechos humanos. De una estructura basada en los principios y estándares no vinculantes, se han ido progresivamente sentando las bases de legislaciones vinculantes. Legislaciones inicialmente enfocadas en la « compliance » y el « reporting » ha ido progresivamente evolucionando de forma variable en diversos países. Algunos han adoptado inicialmente un enfoque sectorial, regulando aquellos sectores o materias de mayor riesgo; otros han optado por establecer normas relativas a los riesgos, como, por ejemplo, el trabajo forzado. Tal vez fue la ley fran-



cesa sobre el deber de vigilancia la primera en adoptar un enfoque más generalizado, centrado en la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y no solo en identificar y reportar aquellos riesgos sino en tomar medidas adecuadas para prevenirlos, mitigarlos y, en últimas, repararlos en los casos en que se materialicen. Se aprobó definitivamente en marzo de 2017, tras un épico proceso legislativo.

La ley sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y contratistas es una ley pionera. Obliga a las grandes empresas francesas a desarrollar, publicar y aplicar medidas adecuadas para identificar los riesgos y prevenir las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente. La Ley del Deber de Vigilancia introduce dicho deber en el Código de Comercio a través de una obligación legal de comportamiento prudente y diligente a las empresas matrices de grupos que emplean al menos 5,000 trabajadores en Francia o 10,000 en todo el mundo. Este deber de vigilancia consiste en establecer, aplicar efectivamente y publicar “medidas de vigilancia razonables para identificar los riesgos y prevenir las violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y las del medio ambiente”.³⁹ Estas medidas deben implicar a las filiales, los subcontratistas y los proveedores con los que existe una relación comercial establecida.

El Plan de Vigilancia consiste en el soporte material público que da cuenta de las medidas tomadas por la empresa en ejecución de su deber de vigilancia. Este plan debe contener, como mínimo, el mapeo de riesgos, procedimientos de evaluación de la cadena de valor, mitigación y procedimientos de evaluación, acciones de mitigación y prevención, mecanismos de alerta y disposiciones para supervisar la aplicación efectiva y eficaz de medidas. El Plan es incluido en el informe anual de la empresa y debe ser actualizado cada año con información relativa a su implementación.

La adopción de esta ley contribuyó a la aceleración de un movimiento, principalmente, en los países europeos, y más recientemente en el marco de la Unión Europea. Leyes similares han sido desde entonces adoptadas en otros países. La de Alemania es tal vez la más cercana por cuanto se trata de una ley general sobre el deber de cuidado de las empresas respecto de sus cadenas de suministro. Otros países, como Holanda y Noruega, adoptaron legislaciones con un enfoque más centrado en los riesgos ligados al trabajo infantil

³⁹ Ley sobre el deber de vigilancia de las transnacionales. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000034290626>

y el trabajo forzado. Sin embargo, en al menos seis países europeos existe ya una propuesta parlamentaria o un compromiso del gobierno de adoptar una ley general sobre el deber de cuidado de las empresas en sus operaciones y cadenas de valor. En otros ocho países, la sociedad civil está movilizada alrededor del tema.⁴⁰

Este movimiento, principalmente europeo, ha resonado a su vez en otras regiones y, particularmente, en América Latina bajo el impulso del nuevo proyecto de Conducta Empresarial Responsable en América Latina y El Caribe (CERALC)⁴¹. Los gobiernos y las empresas en la región han mostrado un interés creciente en la promoción de una conducta empresarial responsable. Chile, Perú, Colombia y México son algunos de los países que han desarrollado planes de acción en materia de empresas y derechos humanos; Brazil, Argentina, Honduras y Ecuador se encuentran en el proceso.⁴² Adicionalmente, la sociedad civil está ampliamente movilizada alrededor de la denuncia de violaciones a los derechos humanos por las empresas ante tribunales e instancias internacionales.

A pesar de estos avances, de manera amplia las organizaciones de la sociedad civil defienden una postura bastante crítica ante los procesos de adopción de dichos planes de acción. En muchos casos la participación de la sociedad civil ha sido limitada y los procesos, en gran medida, han estado dominados por la participación del sector empresarial. En los contextos en los que se han abierto espacios de diálogo multiactor, las organizaciones de la sociedad civil han considerado que el intercambio no ha sido sustancial y las propuestas sugeridas no han sido tomadas en cuenta en la determinación del contenido de

40 En Austria y Bélgica existe una propuesta parlamentaria. En Finlandia, Luxemburgo, Países Bajos y España hay compromisos gubernamentales claros en este sentido. European Coalition for Corporate Justice, Map : Corporate Accountability Legislative Progress in Europe, January 25th 2022, <https://corporatejustice.org/publications/map-corporate-accountability-legislative-progress-in-europe/>

41 OIT, Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC), https://www.ilo.org/americas/programas-y-proyectos/WCMS_734404/lang-es/index.htm « El nuevo proyecto de Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC), financiado por la Unión Europea (UE) e implementado en colaboración con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), pretende promover un crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo en la UE y en América Latina y el Caribe, mediante el apoyo a prácticas de conducta empresarial responsable, en línea con los instrumentos de las Naciones Unidas, la OIT y la OCDE. » « La ejecución del proyecto gira en torno a tres grandes pilares que facilitan la consecución de sus objetivos en la región. Estos pilares son los siguientes: Apoyar a los gobiernos ALC en el desarrollo e implementación de Planes de Acción Nacionales sobre las Empresas y los Derechos Humanos (CER), mejorar la comprensión sobre la debida diligencia y facilitar el intercambio de experiencias y lecciones aprendidas.»

42 Danish Institute for Human Rights, National Action Plans on Business and Human Rights, <https://globalnaps.org/>



dichos planes.⁴³ En Perú, sin embargo, el proceso de adopción de dicho plan resulta interesante, pues fue el primero en la región en incluir referencia específica a la adopción de una legislación en materia de derechos humanos y empresas. Gracias al trabajo insistente de la Plataforma de Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos se logró trabajar en la metodología y el contenido de dicho plan partiendo de la referencia a la necesidad de abordar el tema de manera específica en el plan de derechos humanos adoptado en 2019, que permitió la creación de un grupo multiactor que definió la metodología el alcance y el contenido de un nuevo plan en materia de derechos humanos y empresas, adoptado en 2021 y cuyos objetivos incluyen la adopción de una legislación en materia de responsabilidad empresarial para 2024.

Es en este contexto que bajo el impulso de la Plataforma de Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos se llevaron a cabo consultas con diversos grupos incluyendo defensoras y defensores de derechos humanos, trabajadores y uniones sindicales, entre otros, para determinar el contenido de dicha ley. El resultado de amplias consultas es la propuesta presentada y analizada en este compendio de ensayos.

El objetivo del presente ensayo es entonces el de analizar los elementos principales de dicha ley desde una perspectiva comparada. Este análisis busca entender, por un lado, dónde se sitúa esta propuesta en el panorama de multiplicación de leyes sobre empresas y derechos humanos, y así identificar las diferencias y similitudes respecto de los instrumentos existentes. Será así posible comprender cómo la noción de debida diligencia se inserta en la especificidad del sistema jurídico peruano, lo que nos permitirá delinear algunos elementos sobre el futuro de dichas legislaciones en otros países de la región. Finalmente, el presente artículo podrá dar algunas indicaciones sobre la articulación e interacción de dicha propuesta con el texto del tratado de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, actualmente en negociación.

Ahora bien, teniendo en cuenta la multiplicación y diversidad de leyes en la materia, el presente artículo tomará como punto de referencia y comparación la ley francesa sobre el deber de vigilancia. Será necesario primero comprender las obligaciones respectivas del Estado y las empresas (I) para luego estudiar los mecanismos de responsabilidad, rendición de cuentas, ac-

43 Ver por ejemplo la Declaración de la Mesa Nacional de OSC sobre Empresas y Derechos Humanos de Colombia del 10 de Diciembre de 2020 rechazando la nueva versión del Plan de Acción sobre empresas y Derechos Humanos <https://www.colectivodeabogados.org/rechazamos-nueva-version-del-plan-de-accion-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>

ceso a la justicia y reparación por afectaciones a los derechos humanos y el medio ambiente (II).

Una nueva estructura legislativa: el Estado y las empresas dos sujetos de obligaciones

La estructura del proyecto de ley está inspirado en los tres pilares de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos. La ley comienza así recordando y detallando de manera operacional las obligaciones derivadas del deber estatal de proteger los derechos humanos en el marco de las actividades empresariales (A). Para luego definir la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos y, finalmente, referirse a los mecanismos de responsabilidad, acceso a la justicia y reparación (B). Esta estructura difiere de la estructura de la ley francesa sobre el deber de diligencia y otras legislaciones similares cuya estructura y contenido se refieren casi exclusivamente a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y los mecanismos para hacer dicha responsabilidad efectiva. En ese sentido el proyecto de ley se acerca más a la estructura lógica adoptada hasta el momento en el proyecto de tratado de la ONU sobre empresas y derechos humanos⁴⁴, lo que podría indicar la tendencia a una nueva generación de legislaciones en la materia.

La obligación del Estado de proteger los derechos desde un enfoque participativo

La visión más amplia adoptada en el caso del proyecto de ley debe servir para recordar y hacer efectivas las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional. El artículo 4 del proyecto de ley, al referirse no solo a la obligación del Estado de regular efectivamente las actividades empresariales en materia de derechos humanos sino, en particular, a la necesidad de implementación efectiva de la legislación (Artículo 4.1.b), cumplimiento de las sentencias judiciales (Artículo 4.1.d) y coherencia jurídica (Artículo 4.1.c) aborda tres temas cruciales para garantizar la protección efectiva de los derechos de las personas afectadas por las actividades empresariales. La falta de recursos de entes administrativos con medios insuficientes para cumplir sus labores, impunidad debido a una justicia a menudo parcializada por la

⁴⁴ Para más información sobre el proyecto de tratado visitar la página del Grupo Intergubernamental a composición Abierta sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos : <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>



influencia de intereses económicos, la falta de recursos o la inejecución de decisiones favorables por inacción de los órganos estatales o presión internacional a través de mecanismos de arbitraje, son algunos de los obstáculos que de la nueva ley intenta abordar. Sin embargo, en ningún caso el artículo 4 debe considerarse una definición exhaustiva de las obligaciones de derechos humanos que recaen sobre el Estado en virtud de los tratados y la costumbre internacional.

Vale la pena detenerse por un minuto a analizar la referencia a la obligación de todos los poderes del Estado y sectores del gobierno de «asegurar que las leyes y otras normas, sean estas laborales, ambientales, mercantiles, comerciales, tributarias o de cualquier otro ámbito, no menoscaben de cualquier forma el deber empresarial de respetar los derechos humanos de todas las partes interesadas y el medio ambiente»⁴⁵ Esta referencia da cuenta de la necesidad de crear vasos comunicantes más fuertes y dinámicos entre las diferentes esferas del derecho para incorporar los derechos humanos y las preocupaciones ambientales en las operaciones de las empresas de manera efectiva. Para mayor coherencia y eficacia de una ley en materia de empresas y derechos humanos es necesario articularla claramente con los diversos regímenes que gobiernan las actividades empresariales. El esfuerzo por colmar las lagunas existentes y evitar que las empresas escapen a su responsabilidad requiere un esfuerzo interdisciplinario entre el derecho comercial, laboral, ambiental, tributario, entre otros. Sin esas interconexiones, los esfuerzos por incorporar los derechos humanos y las preocupaciones ambientales en las operaciones de las empresas seguirán siendo limitados. Esta necesidad de interconexión, ha estado presente en las negociaciones del tratado y es una condición esencial para alcanzar el objetivo de dicho instrumento de “hacer progresar el derecho internacional”⁴⁶.

En ese mismo sentido, resulta clave que el proyecto de ley haya incluido una referencia explícita al principio pro persona (Artículo 3) para garantizar que la ley que sea adoptada no constituya de ninguna forma una regresión y sea interpretada en armonía con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y ambiente, así como de los pronunciamientos de los órganos internacionales y/o supranacionales encargados de controlar o promover su cumplimiento. El artículo va más allá y agrega que la ley deberá ser interpre-

45 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 4.1.c

46 Grupo Intergubernamental de Trabajo a Composición Abierta, borrador revisado, 16 de julio de 2019, preámbulo, Disponible en línea: , artículo 2.

tada de conformidad con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales. Estos instrumentos, a pesar de no ser vinculantes, detallan el contenido de las obligaciones del Estado y su mención en un texto legislativo contribuye al reconocimiento del carácter normativo de su contenido. Este reconocimiento se alinea con una tendencia internacional que ha considerado que dichos instrumentos pueden ser fuentes de obligaciones por cuanto crean un estándar de conducta para las empresas.⁴⁷

Las obligaciones generales del Estado se operacionalizan a través de una Política y un Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos que debe ser revisado periódicamente y de manera, pueblos indígenas, organizaciones de la sociedad civil especializadas en materias vinculadas a los derechos humanos y el medio ambiente, así como organismos internacionales y de cooperación⁴⁸. Con este fin, la ley crea una Mesa Multiactor para la implementación, seguimiento, monitoreo, evaluación y actualización de la Política y el Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos. La creación de una instancia de control multiactor es una modalidad interesante que distingue esta iniciativa de la ley francesa y otras del mismo tipo. La ausencia de designación de dicho órgano en el marco de la Ley sobre el Deber de Vigilancia en Francia ha sido uno de los elementos más criticados. Su ausencia ha resultado en un campo de aplicación incierto de la ley, pues a la fecha no se ha establecido una lista oficial de las empresas que caen en el ámbito de aplicación y son, por lo tanto, titulares de la obligación de vigilancia. Además no se ha establecido tampoco un repositorio oficial de los planes de vigilancia, lo que dificulta el acceso a la información para terceras partes interesadas. En ese sentido la creación de una mesa multiactor puede representar una oportunidad para garantizar que el Estado aplique la ley conforme a su objetivo. Sin embargo, la práctica en otros países de América Latina muestra que dichas mesas son a menudo inefectivas. Debido a la falta de mecanismos formales de rendición de cuentas pueden tender a convertirse en espacios de diálogo infructífero que consume el tiempo y los recursos de los actores de sociedad civil, sin producir resultados concretos.

47 Ref cas shell. Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell plc., Rechtbank Den Haag, 26 de mayo de 2021, available at : <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/milieudéfensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>

48 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 5.



Es entonces clave que se establezcan garantías. El artículo 5.1 aporta garantías en cuanto a la calidad de la consulta, exigiendo que se haga “de buena fe y con genuino ánimo de llegar a consensos, así como de respetarlos.”⁴⁹ De esta manera la ley intenta garantizar la calidad de las consultas. Al respecto, tanto la Relatoría de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la CIDH como el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU, han advertido la importancia de asegurar la transparencia, participación e inclusión de los diversos actores interesados en la elaboración del PNA, desde sus etapas iniciales o cuando se estén ajustando.⁵⁰ Ahora bien, la dificultad en estos casos no solo tiene que ver con la calidad de la consulta sino, adicionalmente, con el riesgo de captura corporativa. El caso de Colombia permite ilustrar este propósito: tras la publicación de la nueva versión del Plan Nacional de Acción sobre empresas y derechos humanos en 2020, la Mesa Nacional de Organizaciones de Sociedad Civil en la materia rechazó el plan adoptado considerando, entre otros, que no fue respetado el derecho a la participación y al acceso a la información. Aunque el plan advierte que fue construido en consulta con empresas, comunidades y sociedad civil, no se detalla la metodología usada para el proceso, las reuniones organizadas y los participantes, no se garantizó la participación de comunidades étnicas bajo los requisitos de consentimiento previo, libre e informado, ni se dio acceso público al borrador del documento. El contenido del reglamento, que deberá detallar el procedimiento de consulta, es entonces un elemento mayor para el efectivo cumplimiento de la ley.

Al no contener elementos relativos al primer pilar, el lugar de la consulta en la ley Francesa se refiere únicamente a la elaboración del plan de vigilancia por las empresas. La ley Francesa prevé que el Plan se elabore en “asociación con las partes interesadas de la sociedad, si fuere pertinente, en el marco de iniciativas multisectoriales”⁵¹. Esta disposición, recuerda la necesidad de implicar a las partes interesadas, y en particular a las directamente afectadas, en el desarrollo del Plan de Cumplimiento y su efectiva y en su aplicación efectiva. Del mismo modo, la ley prevé que los mecanismos de alerta deben ser estructurados en concertación con las organizaciones sindicales representativas. Sin embargo, el carácter general de las disposiciones mencionadas han resultado en una implementación variable respecto de las partes consultadas, así como la metodología utilizada. Estos elementos pudie-

49 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 5.2.

50 CIDH: Relatoría DESCA, Informe Empresas y Derechos Humanos : Estándares Interamericanos, 1 de Noviembre de 2019, disponible en línea : <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> , Párrafos 48 y 108.

51 Ley n° 2017-399 del 27 marzo de 2017 relative al deber de vigilancia, art. 1, para. 4.

ron haber sido detallados en el reglamento de aplicación, sin embargo dicho reglamento, al día de hoy, cinco años después de adoptada la ley, no ha sido emitido.

El caso francés evidencia el riesgo que implica delegar ciertos contenidos a la adopción de reglamentos de aplicación. Es necesario encontrar un equilibrio que establezca en la ley los elementos y principios esenciales de consulta y participación que eviten que, en ausencia de un reglamento que detalle las modalidades, las obligaciones contenidas en la ley se vean diluidas. La fuerza de la mesa multiactor como mecanismo de monitoreo, evaluación y control será clave no sólo para asegurar una rendición de cuentas adecuada por parte del Estado si no también, mediante la verificación del respeto de la obligación de hacer cumplir la ley, verificar la adecuada aplicación por parte de las empresas.

La obligación general y autónoma de las empresas de respetar los derechos humanos

El proyecto de ley establece en su artículo 10 una obligación general de las empresas de respetar los derechos humanos. Esta disposición distingue el proyecto de ley de la mayor parte de las legislaciones existentes en Europa sobre el deber de diligencia y, específicamente de la ley francesa sobre el deber de vigilancia. Estas últimas han optado por leyes cuyo objeto principal es la elaboración de un plan de vigilancia, es decir, la adopción de medidas para mitigar los riesgos y prevenir los impactos adversos a los derechos humanos. La responsabilidad de las empresas aparece en un segundo lugar, derivada de una falla en el cumplimiento de dicho deber. Sin embargo, el proyecto de ley peruana, por su estructura, adopta el enfoque inverso.

La ley francesa n° 2017-399 establece un nuevo artículo en el código de comercio:

*Art. L. 225-102-4-I.- **Toda empresa** que emplee, al final de dos ejercicios consecutivos, al menos cinco mil trabajadores en su propia empresa y en sus filiales directas o indirectas cuyo domicilio social esté situado en territorio francés, o al menos diez mil trabajadores en su propia empresa y en sus filiales directas o indirectas cuyo domicilio social esté situado en territorio francés o en el extranjero, **deberá elaborar y aplicar efectivamente un plan de vigilancia.***



[...]

“El plan incluirá medidas de vigilancia razonables para identificar los riesgos y prevenir las violaciones graves de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la salud y de la seguridad de las personas y del ambiente, resultantes de las actividades de la empresa y de las empresas que controla en el sentido del II del artículo L. 233-16, directa o indirectamente, así como de las actividades de los subcontratistas o proveedores con los que se mantenga una relación comercial establecida, cuando estas actividades estén vinculadas a dicha relación.

Mientras el objeto de la ley francesa es claramente la elaboración y aplicación efectiva del plan de vigilancia, esta no establece un deber autónomo de las empresas de respetar los derechos humanos y el ambiente. La elaboración e implementación del plan incluye la identificación de riesgos y prevención de violaciones graves a los derechos y el ambiente, pero esto no constituye explícitamente un deber general de respetar los derechos humanos. El proyecto de ley peruano, en ese sentido, va un paso más adelante: consagra en un instrumento jurídico vinculante la obligación de respetar los derechos humanos. Esta obligación es independiente de la elaboración del plan y de la política empresarial en materia de derechos humanos⁵², así como de la obligación de debida diligencia⁵³. En virtud de esta obligación general, las empresas deben abstenerse de afectar negativamente los derechos humanos por acción u omisión, directa o indirectamente, y son responsables cuando dichas afectaciones ocurren con algún grado de participación empresarial.

Estas leyes se distinguen no solo por su objeto sino también por su alcance: respecto del tipo de empresas que abarcan (*ratione personae*) y las relaciones comerciales a las que se extienden (*ratione materiae*).

El perímetro *ratione personae* de la ley francesa es bastante circunscrito, pues se aplica exclusivamente a las empresas de un determinado número de trabajadores. En contraposición, la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos en el proyecto de ley concierne a todas las empresas. En cuanto al perímetro de aplicación *ratione materiae*, mientras la ley francesa incluye únicamente los riesgos y violaciones que resultan directa o indirectamente de la sociedad matriz o sus filiales, así como de los sub contratistas

52 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 13.

53 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 11 y 14.

con los cuales existe una relación comercial establecida, el proyecto de ley peruano abarca no solo las afectaciones que resulten directa o indirectamente de sus actividades, sino también aquellas “en las que tengan cualquier tipo de participación y aquellas a las que sus filiales, cadenas de proveedores, licenciarios y subcontratistas contribuyan directamente o participen “por complicidad, colaboración, omisión, negligencia, instigación o encubrimiento.”⁵⁴

El proyecto de ley capitaliza los avances logrados por la ley francesa al referir en el ámbito de aplicación *ratione personae* de la obligación de vigilancia a las filiales controladas directa o indirectamente. Al establecer que el plan de vigilancia “incluirá medidas de vigilancia razonables para identificar los riesgos y prevenir los daños graves [...] resultantes de las actividades de la empresa y de las empresas que controla en el sentido del artículo L. 233-16, directa o indirectamente”, la ley francesa se refiere indirectamente a la noción de grupo empresarial. Este enfoque, aunque no es innovador desde el punto de vista financiero —donde la consolidación contable de los grupos empresariales es una realidad— constituye un avance respecto de la doctrina tradicional del velo corporativo en virtud del cual la personalidad jurídica distinta impide, salvo en casos muy puntuales, responsabilizar a la empresa matriz de las violaciones resultantes de la conducta de sus filiales. De este modo acerca el derecho a la realidad del funcionamiento de la empresa y de sus impactos. En consecuencia, las medidas de diligencia debida presentadas en el plan de vigilancia deben aplicarse de forma adecuada a todas estas empresas para evitar así que las empresas matrices se escuden tras la opacidad de su cadena de valor o del velo corporativo para evitar cualquier forma de responsabilidad. Es en este mismo sentido que la ley peruana establece la responsabilidad de respetar los derechos humanos en las operaciones de la empresa y de sus filiales.

Respecto de los proveedores y subcontratistas, el proyecto de ley peruano logra contestar algunos de los límites evidentes de la ley francesa. Esta última establece dos criterios acumulativos para determinar los eslabones de la cadena de suministro, que deben ser objeto de medidas adecuadas: en primer lugar, la noción de “relación comercial establecida” y, en segundo lugar, el vínculo con la actividad. La noción de relación comercial establecida remite al artículo L. 442-6, I del Código de Comercio, que tipifica como delito civil el

54 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 10.2.



abuso de dichas relaciones⁵⁵. Según la jurisprudencia, el carácter establecido de la relación se determina en función de la duración, intensidad e intención de continuidad. Estas condiciones, corren el riesgo de incitar cierto tipo de relaciones comerciales de corto plazo para evitar la aparición de dicha responsabilidad. El uso de una formulación similar en el proyecto de directiva europea sobre debida diligencia ha sido fuertemente criticado en ese sentido.⁵⁶ Es por esto que la referencia más amplia del proyecto de ley a “las filiales, cadenas de proveedores, licenciarios y subcontratistas de las empresas”, sin calificativo particular, permite incluir en el ámbito *ratione materiae* de la ley todo tipo de relación comercial, de modo que se evita el riesgo de ver excluidas las relaciones de cadenas de suministro complejas e inestables, pues es allí donde generalmente ocurren el mayor número de violaciones. Podrá ser, sin embargo, ligeramente ajustado para comprender la cadena de valor de forma ascendente y descendente.

Ahora bien, es necesario evitar que el alcance del artículo sea minimizado mediante referencia a las “relaciones contractuales o comerciales”. Es clave evitar que dicho artículo haga únicamente referencia a las relaciones contractuales, pues existen muchos tipos de relaciones en la cadena de valor y suministro que podrían escapar por las brechas del concepto de “relación contractual”. Esta discusión se presentó en el marco de las negociaciones alrededor del proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos de la ONU. Organizaciones de la sociedad civil señalaron en ese marco que “el uso de la expresión “relación contractual” contiene una limitación innecesaria que puede dar lugar a interpretaciones restrictivas”⁵⁷, mientras que el término “relación comercial” es la expresión ya utilizada por los Principios Rectores de Naciones Unidas, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la Declaración Tripartita de la OIT, instrumentos ampliamente aceptados.⁵⁸

Ahora bien, los criterios establecidos en la ley francesa son de carácter eco-

55 Según el artículo L. 442-6, I del código de comercio «Todo productor, comerciante, industrial o persona inscrita en el registro mercantil (...) que ponga fin bruscamente, aunque sea de forma parcial, a una relación comercial establecida sin previo aviso por escrito (...) será responsable y deberá indemnizar el daño causado. (...)».

56 ECCJ, European Commission's Proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence, A Comprehensive Analysis, 5 de Abril de 2022, disponible en línea : <https://corporatejustice.org/publications/analysis-of-eu-proposal-for-a-directive-on-due-diligence/>

57 FIDH, Preliminary comment to the Revised Draft of the legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, 2019, disponible en línea.

58 Por ejemplo, el Marco para el Informe de los Principios Rectores de Naciones define las relaciones empresariales como “las relaciones que una empresa tiene con sus socios comerciales, entidades de su cadena de valor y cualquier otra entidad estatal o no estatal directamente vinculada a sus operaciones, productos o servicios. Incluyen las relaciones indirectas en su cadena de valor, más allá del primer nivel, y las posiciones accionariales minoritarias y mayoritarias en empresas conjuntas.”

nómico más que jurídicos, y en eso se alinean con la intención de tener un alcance amplio.⁵⁹ Se basan más en la calidad de la relación de los diferentes socios comerciales que en la naturaleza de cualquier vínculo jurídico entre los actores. Según la jurisprudencia, el agravio de la terminación injusta de una relación comercial se evalúa en función del desequilibrio económico de la relación comercial. Busca proteger a los proveedores y subcontratistas en situación de dependencia económica y su beneficio puede extenderse a terceros de una relación contractual directa.⁶⁰ Este debe ser el espíritu que persiga la definición de las relaciones comerciales que abarca el proyecto de ley peruano, para evitar caer en interpretaciones que abran brechas de impunidad. En ese mismo sentido valdría la pena incluir referencia a los productos, partes de productos y servicios, en línea con los instrumentos internacionales existentes, como lo hace el artículo 18.

A pesar de los avances del proyecto de ley peruana, un punto débil se vislumbra en la manera en que se establece la implicación de la casa matriz. Si bien el artículo 10.1 precisa que la responsabilidad se puede dar por acción u omisión de forma directa o indirecta, la referencia a «cualquier tipo de participación» indicaría la necesidad de poder establecer una conexión específica al comportamiento de la casa matriz. Del mismo modo, la referencia del artículo 10.2 a las violaciones cometidas por «complicidad, colaboración, omisión, negligencia, instigación o encubrimiento» apuntan a una responsabilidad subjetiva. Es decir, una responsabilidad que requiere la prueba de una falta por parte de la empresa matriz. Pero, además, una responsabilidad que bajo una interpretación limitativa estaría en riesgo de excluir casos en los que la empresa no participó de la violación misma.

Para comprender plenamente el contenido del proyecto de ley en esta dimensión es necesario articular la obligación general de respetar con el deber de debida diligencia y los mecanismos de acceso a la justicia y rendición de cuentas.

59 HANNOUN Charley, Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017, *Dalloz, Droit Social*, 2017, 806.

60 «Rupture brutale de relations commerciales établies dans le secteur automobile», *Cour de cassation*, com. 5 juillet 2016, *AJ contrat* 2016, p. 439.



La responsabilidad de las empresas por afectaciones a los derechos humanos y el medio ambiente

Uno de los puntos centrales del debate sobre el tratado vinculante, de la legislación francesa y otras legislaciones europeas, así como del proyecto de directiva de la Unión Europea sobre debida diligencia ha sido el de la naturaleza y estructura de la obligación de debida diligencia (A), que no puede verse en desconexión de los mecanismos de justicia y rendición de cuentas ligados a ella (B).

Debida diligencia y responsabilidad jurídica: dos dimensiones autónomas del deber de respetar

A primera vista, la primera diferencia aparente entre la obligación de vigilancia de la ley n° 2017-399 y el proyecto de ley peruano radica en la autonomía. El respeto del deber de vigilancia está ligado intrínsecamente a la elaboración e implementación adecuada de un plan de vigilancia, el cual “incluye medidas de diligencia debida para identificar los riesgos y prevenir las violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad humanas y el medio ambiente”.⁶¹ Mientras que, por su parte, el deber de debida diligencia establecido en el artículo 11 es independiente de la elaboración de un plan empresarial en materia de derechos humanos, y de los informes relativos a la implementación de dicho plan.

No obstante, una mirada al contenido de dicho deber revela algunas similitudes. Ambos textos refieren de una u otra manera a las obligaciones de identificar, prevenir, mitigar y reparar. Sin embargo, el proyecto de ley peruano requiere afinar el texto con el fin de alinearlo con la definición de debida diligencia establecida en instrumentos internacionales. Es primordial aclarar que las empresas deben “prevenir y mitigar los riesgos” y “prevenir los abusos”, no “mitigar los abusos”. Este lenguaje es coherente con la Observación General 24 del Comité DESC,⁶² y representa un avance en la comprensión de la diligencia debida en materia de derechos humanos tal y como

61 Ley n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 del 28 de Marzo de 2017, Art 1.

62 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, 10 de agosto de 2017, UNDOC E/C.12/GC/24, par. 16

la definen los Principios Rectores de Naciones Unidas. Sería un error incitar a las empresas a mitigar los daños causados cuando estos deben ser prevenidos, y si ocurren, reparados. Los artículos 11 y 14 deben ser ajustados en ese sentido con el fin de asegurar una coherencia interna del texto así como su alineamiento con los más altos estándares internacionales.

Adicionalmente, es clave que el proyecto de ley peruana incluya, de una u otra manera, las dimensiones esenciales del deber de diligencia. Como mínimo la debida diligencia debe: identificar y evaluar cualquier violación o abuso real o potencial de los derechos humanos, adoptar las medidas adecuadas para prevenir y mitigar eficazmente los riesgos para los derechos humanos y prevenir las violaciones o abusos de los derechos humanos, monitorear los impactos, hacer un seguimiento de la eficacia de su respuesta, rendir cuentas sobre cómo abordan sus impactos, reparar los impactos cuando se produzcan, comunicar regularmente y de forma accesible a las partes interesadas. Si bien la ausencia de una definición explícita de estos no excluye que puedan ser incluidos por referencia a la normativa internacional correspondiente, la experiencia francesa muestra que aquellos elementos no detallados en la ley pueden verse diluidos por la ausencia de decreto de aplicación. Es clave evitar que los elementos del plan empresarial sean entendidos como una definición taxativa de lo que implica el deber de diligencia, y asegurar que las empresas cumplan sustancialmente con los elementos aquí señalados.

Habiendo detallado el contenido del deber de diligencia, aparece la pregunta de la responsabilidad que su incumplimiento conlleva. El proyecto de ley peruano parece caer en la trampa de restringir la obligación y la responsabilidad subjetiva que requiere identificar una falta de la empresa matriz, un daño. Si bien el espíritu del artículo 10 parece indicar una voluntad subyacente de establecer una obligación de la sociedad matriz por las acciones de sus subsidiarias o contrapartes comerciales, al introducir tanto en el apartado 1 como en el apartado 2 una referencia a los tipos de participación, se orienta hacia una responsabilidad que podría estar condicionada a la intervención de la casa matriz. El artículo 11, por su parte, refiere igualmente a los daños que la «actividad empresarial pueda generar» y el mismo término es utilizado en el artículo 14.1, sugiriendo la necesidad de un vínculo de causalidad fuerte. Esto es, contrario a establecer una responsabilidad por incumplimiento a un deber de cuidado que sería el deber de diligencia, y estaría lejos de ser una responsabilidad objetiva o estricta. De ser interpretado así, limitaría considerablemente el alcance de la responsabilidad y crearía obstáculos probatorios para el acceso a la justicia, pues sería necesario, de manera específica, probar



que las acciones u omisiones de la empresa matriz generaron las violaciones alegadas.

Este punto ha sido uno de los mayores cuestionamientos en el caso de la ley francesa. El artículo 2 de la ley dispone que «El incumplimiento de las obligaciones definidas en el artículo L. 225-102-4 del presente Código hará que el autor sea responsable y esté obligado a indemnizar el daño que podría haberse evitado con el cumplimiento de estas obligaciones». Es entonces necesario evaluar la adecuación y capacidad de las medidas previstas en el plan de vigilancia para determinar la existencia de una responsabilidad. Si bien hasta la fecha no han sido proferidas decisiones que aclaren los criterios específicos para evaluar la adecuación de las medidas, se impone un test de causalidad que resulta difícil de determinar en la práctica, pues requiere determinar una causa real que también es jurídicamente suficiente para respaldar la responsabilidad. La probabilidad de calificar algo como causa próxima aumenta a medida que la causa es más directa y más necesaria para que se produzca el daño. El riesgo de seguir esta línea de razonamiento con una causa relativamente distante, como puede en ciertos casos ser la conducta diligente o negligente de la casa matriz, es caer en una argumentación hipotética marcada por la subjetividad del juez para determinar si en presencia de medidas adecuadas el daño o hubiese ocurrido o, si cualquiera que fueren las medidas tomadas, el daño se habría producido. Este riesgo solo se puede excluir considerando que la mera ocurrencia del daño basta para acreditar el incumplimiento del deber de vigilancia. Esta última opción se acercaría a la voluntad de consagrar una obligación de resultado, como lo hace el artículo 14.4 del proyecto de ley peruano. Este artículo tiene como resultado requerir que la empresa acreedora del deber de diligencia mitigue y evite los riesgos y evite las violaciones a los derechos humanos y el ambiente de manera efectiva.

Cómo conciliar entonces las miradas opuestas que aparecen en los artículos de la ley peruana. Para esto vale la pena analizar el artículo 18 del proyecto de ley, que establece el régimen de responsabilidad. Dicho artículo dispone tres tipos de responsabilidad : primero, una responsabilidad clásica por daño, cuando se trate de violaciones derivadas de las actividades de la empresa; segundo, un deber de cuidado; tercero, una responsabilidad por las violaciones ligadas a las actividades de filiales socios comerciales, productos o servicios. El segundo y tercer punto ameritan un análisis detallado.

El artículo 18.1 apartado b) dispone que “Cuando, sabiendo o debiendo haber

sabido que su actividad contribuye o puede contribuir a producir una afectación a los derechos humanos de manera indirecta, la empresa no la hubiese evitado.” Esta formulación se asemeja a un deber de cuidado que exige a las empresas actuar de buena fe, con el cuidado de una persona prudente en una posición similar.⁶³ La falta de cuidado razonable puede conducir a la responsabilidad, si tal falta causó una lesión; mientras que el ejercicio del cuidado razonable puede establecer que una parte actuó razonablemente y no es responsable. En este caso el ejercicio adecuado del deber de diligencia constituiría el estándar de comportamiento razonable. En algunos sistemas jurídicos el test de razonabilidad implica poner en la balanza la probabilidad previsible de que la conducta de la persona provoque un daño, la gravedad previsible de cualquier daño que pueda producirse y la carga de las precauciones para eliminar o reducir el riesgo de daño. Si la carga de tomar tales precauciones es menor que la probabilidad de que se produzca un daño y la gravedad de cualquier daño resultante, entonces la parte que tiene la carga de tomar precauciones tendrá cierta responsabilidad.⁶⁴ En esa lógica, si la empresa que tenía la obligación de actuar en virtud de su obligación de respetar los derechos humanos y el deber de debida diligencia, no actuó (dando lugar a un incumplimiento), y ese incumplimiento causó un perjuicio, entonces las acciones del demandado se clasificarán como mala conducta. Ahora bien, resulta interesante que en este caso en realidad el artículo 18.1 no se refiere al deber de debida diligencia consagrado en la ley como la fuente de dicha responsabilidad, sino más bien al conocimiento de que sus acciones o inacción obligarían, actual o potencialmente, un daño o que sus acciones o inacciones creaban un riesgo de generar daños a terceros. Reenviando así a un estándar de cuidado general derivado de dicho conocimiento. A la luz de estas aclaraciones, el artículo 18.1 apartado b) se vería beneficiado de una redacción revisada que permita dilucidar claramente los elementos aquí expuestos.

Por su parte, el artículo 18.1 apartado c) se refiere al caso en el que se intenta establecer la responsabilidad de una sociedad matriz por los hechos de sus filiales, sub contratistas u otros socios comerciales, productos o servicios. Estamos aquí hablando de una responsabilidad objetiva, puesto que la responsabilidad de la empresa matriz no requiere una falta de su parte, sino que se evalúa su vínculo con la persona natural o jurídica que causó o contribuyó

63 Cornell Law School, Legal Information Institute, Duty of Care, disponible en línea : https://www.law.cornell.edu/wex/duty_of_care

64 Cornell Law School, Legal Information Institute, Negligence, disponible en línea : <https://www.law.cornell.edu/wex/negligence>



al daño, sus productos y servicios. Esta forma de responsabilidad se distingue de la responsabilidad establecida en la ley francesa en la medida en que el incumplimiento del deber de debida diligencia no es un elemento constitutivo de la responsabilidad. Se levanta así un obstáculo significativo en el ámbito probatorio. Es decir, que el incumplimiento del deber de debida diligencia no tiene que constituir en este escenario una causa directa y necesaria en la ocurrencia del daño. El proyecto de ley logra así poner de lado las dificultades que el razonamiento hipotético y subjetivo de causalidad, explicado anteriormente puede traer.

Habiendo evaluado las modalidades de la responsabilidad es clave, en última instancia pero no menos importante, dar una mirada a los mecanismos previstos para su implementación.

Mecanismos de acceso a la justicia y rendición de cuentas

El proyecto de ley peruano no se limita a estipular los fundamentos de la responsabilidad sino que va a detallar las condiciones necesarias para garantizar los derechos a la justicia y la reparación de las víctimas. Con este fin la ley detalla el contenido de dichos derechos, establece reglas para superar los obstáculos de acceso a la justicia que son recurrentes en casos de responsabilidad empresarial y establece otros mecanismos de monitoreo, rendición de cuentas y sanción. Mientras la ley francesa aborda los mecanismos de alerta de riesgos e impactos, y las medidas adecuadas para tratarlos únicamente desde una perspectiva empresarial,⁶⁵ el enfoque peruano contempla los mecanismos empresariales pero los complementa con una serie de dispositivos estatales.

En lo que se refiere al contenido sustancial y procedural de los derechos de las víctimas, la ley peruana se alinea con el derecho interamericano en la materia y se inspira en él. En ese sentido se refiere a una reparación multidimensional, tanto en la identificación de los daños⁶⁶ como de las medidas de reparación integral⁶⁷. Adicionalmente, la referencia a la necesaria protección de las personas defensoras de derechos humanos como garantía de la prevención eficaz de los abusos y por ende su reconocimiento como “asunto

65 Ley n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 del 28 de Marzo de 2017, Art 1.

66 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 21.1

67 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 24.

de interés prioritario del Estado”⁶⁸ es importante para el reconocimiento de la legitimidad de su trabajo y garantía de sus derechos.

Algunos de los obstáculos más recurrentes al acceso a la justicia de víctimas de abusos empresariales incluyen la carga de la prueba, la no extinción de la responsabilidad y la solidaridad, entre otros.

Primero, al imponer a la empresas la carga de « demostrar que adoptaron todas las medidas necesarias para no ocasionar o no contribuir a una vulneración de los derechos humanos o al medio ambiente, o para impedir dicha vulneración » el proyecto de ley permite las víctimas acceder a la justicia estableciendo prima facie que el daño o la infracción alegada resultan plausiblemente de las actividades de las empresas, dejando a estas últimas la labor de aportar la prueba contraria. Este principio se alinea con la doctrina de la carga dinámica de la prueba que sugiere que quien esté en una mejor posición para aportar la prueba de un hecho deberá portar la carga probatoria. La inversión de la carga de la prueba en el contexto de las demandas por responsabilidad civil estaba prevista inicialmente en la primera versión del proyecto de ley en Francia, pero fue posteriormente abandonada.⁶⁹ Ahora bien, “aunque la parte dispositiva del proyecto de ley no prevé la inversión de la carga de la prueba, sí la ajusta, sin embargo, para restablecer la igualdad de armas entre las partes. La obligación de hacer público el plan de diligencia debida permite al demandante conocer las medidas adoptadas por la empresa para prevenir las violaciones de los derechos y situaciones de corrupción”⁷⁰. Aprendiendo las lecciones del proceso francés será clave defender el artículo 20.1 del proyecto de ley y, a su vez, garantizar que las medidas de transparencia previstas en otros artículos sean suficientes para ajustar la carga de la prueba.

Segundo, la no extinción de la responsabilidad en caso de « fusión, absorción o escisión, ni por disolución”⁷¹ busca prevenir que las empresas utilicen la personalidad jurídica para defraudar los mecanismos de responsabilidad. Los pasivos ambientales y de derechos humanos deben ser asumidos por el

68 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 30.

69 Assemblée Nationale, Proposition de Loi n° 1519, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 6 novembre 2013, disponible en línea: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1519.asp>

70 Assemblée Nationale, Rapport n° 2628, devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, M. Dominique Potier, 11 mars 2015, disponible en línea: http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2628.asp#P252_90424

71 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 30.



cesionario, del mismo modo que los pasivos financieros de una empresa son asumidos por el adquirente.

Finalmente, teniendo en cuenta que las empresas operan a menudo bajo joint-ventures, u otros modos de colaboración similares, la responsabilidad solidaria es central para el acceso a la justicia y la reparación.

Respecto de los mecanismos de sanción, el proyecto de ley peruano prevé mecanismos que buscan tener un impacto económico, reputacional y operativo para las empresas que incurren en violaciones a los derechos humanos. A través del registro de empresas infractoras a los derechos humanos y el medio ambiente la ley busca un impacto reputacional, pero también económico, pues toda empresa que realice su debida diligencia adecuadamente evitará entrar en relaciones comerciales con empresas allí inscritas. El registro constituye también un incentivo a la reparación integral al establecer como condición del retiro del registro, las empresas infractoras que acrediten “haber cumplido con reparar oportuna y completamente las afectaciones producidas en los términos en los que las autoridades judiciales o administrativas lo hayan establecido.”⁷² Adicionalmente, la inhabilitación para contratar temporal o permanentemente con el Estado constituye una sanción importante y disuasiva. El carácter agravante de la recidiva que puede conllevar incluso la “la obligación de reembolsar las ayudas públicas, subvenciones, exenciones o exoneraciones de cualquier tipo recibidas por parte de dichas empresas.”⁷³ Por último, la posibilidad de establecer la responsabilidad civil y penal de “las personas físicas, incluyendo a los miembros de las instancias directivas”⁷⁴, es también una sanción disuasiva y un incentivo para los directivos responsables de garantizar el ejercicio adecuado del deber empresarial de debida diligencia. La diversa naturaleza de las sanciones previstas se distingue de aquella inicialmente presente en la ley sobre el deber de vigilancia que preveía una multa civil, pero que fue sancionada por el consejo constitucional, que la considero contraria a los imperativos de legalidad penal.⁷⁵

Los temas abordados en el presente artículo son solo algunos de los elementos principales y característicos del proyecto de ley en materia de empresas

72 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 26.

73 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 27.4.

74 EQUIDAD/Plataforma de Sociedad Civil Sobre Empresas y Derechos Humanos, Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Materia de Derechos Humanos y Ambiente, Artículo 20.2.

75 Conseil Constitutionnel, Decision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, cons. 13 et 14.

y derechos humanos propuesto por organizaciones de sociedad civil en Perú. El contenido de las políticas empresariales y los informes de implementación es un tema central que no fue abordado de forma separada en el texto, pero amerita ser estudiado detenidamente. A la luz de los pobres resultados de la implementación de la ley en Francia sería posible identificar aquellos elementos que, de ser incluidos en el proyecto de ley, podrían mejorar las perspectivas de implementación.

La mirada comparada en este texto permitió no solo comparar los enfoques y contenidos de la misma con una de las principales leyes de referencia en la materia, sino también identificar oportunidades para reforzar el marco jurídico tanto en Perú como en Francia, y más allá en América Latina y en Europa. Ahora bien, se trata, por el momento, solo de un esbozo de las posibilidades que deberán ser estudiadas con mayor detenimiento y a la luz del ecosistema de leyes que entrarán en diálogo para la eventual implementación del proyecto de ley. Es importante recordar que si bien el enfoque comparado permite vislumbrar las fortalezas y debilidades de cada ley, no se pretende inducir que una simple transposición de uno u otro modelo en el sistema jurídico inverso permitiría resolver los retos persistentes, pues cada legislación responde a un contexto y a un sistema jurídico distinto que ofrece oportunidades variables.





Empresa y derechos humanos: El cuidado desde la perspectiva de género

Ma. Jennie Dador Tozzini

Antecedentes

A cuarenta y dos años de la aprobación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), así como del reconocimiento constitucional de la igualdad entre los sexos (1979), es posible dar cuenta de un conjunto de avances y desarrollo normativos que fueron modificando las viejas estructuras patriarcales, reflejadas en las normas del derecho de familia, los códigos penales y las leyes laborales.

No obstante la igualdad declarada, no todas las mujeres estaban en las mismas condiciones. Si bien las mujeres comparten la opresión de género en términos de subordinación de lo femenino y de la disponibilidad de sus cuerpos, están atravesadas por otros clivajes como la clase, la raza, la etnia y los mandatos de la heteronormatividad obligatoria las que dan forma a diversas



historias de opresión y evidencian las distintas valías que para el Estado peruano, a través de sus regulaciones, tienen la vida, la igualdad y la autonomía de las mujeres.

Las décadas siguientes se caracterizaron por la creciente participación de las mujeres en la esfera social, política y económica. Hoy las mujeres pueden decir que han logrado la inclusión en el espacio público, pero sin haber conseguido abandonar la responsabilidad del trabajo doméstico y de cuidados. Subsisten en el país un conjunto de indicadores que expresan las brechas o desigualdades de género en los distintos ámbitos de la vida, las que se profundizan cuando se trata de grupos poblacionales en los que se intersectan distintas opresiones.

Asimismo, la incorporación masiva al mercado de trabajo remunerado se dio en un contexto de reestructuración de la economía, reducción del aparato estatal y flexibilización de la legislación laboral, expresado en regímenes laborales especiales que han sido denunciados por las organizaciones sindicales, así como por organizaciones de la sociedad civil defensoras de los derechos humanos, impactando principalmente en una sobrerrepresentación de las mujeres en los sectores informales, como los de comercio y servicios, donde la productividad es baja, las jornadas largas, las remuneraciones pobres y los servicios de cuidado infantil inexistentes.

Estas denuncias no han logrado eliminar los regímenes especiales que no se justifican desde el campo del derecho laboral, salvo algunas modificaciones como la Ley No. 31110, Ley del Régimen laboral agrario y de incentivos para el sector agrario y riego, agroexportador y agroindustrial⁷⁶, cuyo reglamento fue aprobado mediante el Decreto Supremo No.005-2021-MIDAGRI⁷⁷; y, la aprobación del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (2021-2025), Decreto Supremo N°009-2021-JUS, con el objetivo de crear un marco de protección frente a las consecuencias negativas de las actividades empresariales sobre los derechos humanos, en el marco de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Entre las acciones vinculadas al trabajo de las mujeres, se establecen las siguientes obligaciones:

- Garantizar los derechos, en especial a la igualdad y no discriminación, de los grupos de especial protección (LGBTI, personas adultas mayores,

76 <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-del-regimen-laboral-agrario-y-de-incentivos-para-el-sector-ley-n-31110-1916568-7/>

77 <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-de-la-ley-no-31110-decreto-supremo-n-005-2021-midagri-1939453-3/>

personas con discapacidad, mujeres, personas migrantes, personas afroperuanas, pueblos indígenas u originarios) en las relaciones de consumo, en publicidad y medios de comunicación;

- Promover el cambio de cultura sobre la mirada de los sindicatos como defensores de derechos;
- Coordinar con el sector empresarial la formulación de planes de capacitación en materia de buenas prácticas en igualdad de género y no discriminación en el ámbito laboral;
- Garantizar el derecho a la identidad de las personas LGBTI, en particular de las personas trans; promover la adecuación del marco normativo laboral, para su protección, desde un enfoque diferencial; garantizar el acceso al trabajo y el desempeño de labores, en igualdad de condiciones.
- Promover la conciliación de la vida familiar y laboral en centros de trabajo del sector público y privado (bajo principios de igualdad de género, entendiendo la complejidad de los vínculos familiares en una sociedad diversificada);
- Acompañar en el compromiso de las empresas en la lucha contra el hostigamiento, acoso sexual y cualquier tipo de violencia en el ámbito laboral;
- Promover la igualdad de género y no discriminación al interior de las empresas.

Brechas de género en el mundo laboral⁷⁸

A pesar de los avances descritos subsisten en el país profundas diferencias en el goce de los derechos y libertades entre mujeres y hombres de los distintos grupos poblacionales y al interior de los mismos, que se expresan en las brechas de género o diferencias significativas y verificables en el acceso de mujeres y hombres a bienes, servicios y recursos, que expresan diversos niveles de bienestar y desarrollo personal y social (MIMP, 2017).

En el campo de los derechos económicos un indicador relevante para la au-

⁷⁸ Los datos utilizados en esta sección corresponden a la publicación "Perú: Brechas de género 2020. Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres", Instituto Nacional de Estadística e Informática.



tonomía de las mujeres tiene que ver con los ingresos propios. El indicador de mujeres sin ingresos propios refleja las barreras que enfrentan para acceder a ingresos mediante actividades remuneradas en el mercado laboral, a la propiedad, al crédito o a un sistema previsional, entre otros; aunque no necesariamente expresa la calidad de vida, ya que en muchos casos las mujeres perciben ingresos laborales y se mantienen en el umbral de la pobreza individual y a veces familiar.

Si bien en las últimas décadas las mujeres peruanas se han incorporado masivamente al mercado de trabajo, persiste una mayor proporción de mujeres sin ingresos propios. Al año 2019 casi un tercio de la población femenina (29,4 %) de 14 y más años de edad no tienen ingresos propios, siendo esta proporción 2,5 veces más alta que los hombres (11,9 %). La brecha más significativa se presenta en las mujeres del área rural donde el 43,5 % de ellas no tienen ingresos propios, mientras que en el caso de los hombres representa el 12,7 %. En términos previsionales, el 28,6 % de las mujeres y el 41,4 % de hombres que trabajan, respectivamente, se encuentran afiliados a algún sistema de pensiones. En el área rural solo el 4,7 % de mujeres están afiliadas a un sistema de pensiones.

También es necesario conocer en qué sectores y tipo de empresas se encuentran laborando las mujeres y cuál es la viabilidad de implementar los principios sobre empresa y derechos humanos. En el año 2019 la gran mayoría de mujeres (71,1 %) laboran en micro o pequeñas empresas, el 4,9 % en empresas de 6 a 10 trabajadores, el 6,2 % en empresas de 11 a 50 trabajadores y el 17,8 % labora en empresas con más de 51 trabajadores.

Las ramas de actividad económica en las que se concentran las mujeres peruanas corresponden a los servicios (42 %) y comercio (26,1 %). La actividad de comercio, hoteles y restaurantes se constituye en una especie de “bolsa” en la que se concentra el sector informal de la economía y por tanto presenta condiciones precarias de trabajo. Estos sectores fueron altamente golpeados por la pandemia del COVID-19.

No solo hay diferencias en los sectores que las albergan, sino que también subsisten las brechas salariales. Las mujeres ganan, en promedio, 26,9 % menos que sus pares masculinos. Uno de los motivos principales es que muchas de ellas trabajan menos horas por ocuparse del trabajo doméstico y la crianza de los niños y niñas, lo que hace que las mujeres tengan menos experiencia laboral, lo cual impacta en sus salarios y en sus posibilidades de

promoción y ascenso⁷⁹; y, si bien en el 2018 se emitió el Decreto Supremo N° 002-2018-TR, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres —que propone que el empleador debe evaluar y agrupar los puestos de trabajo en cuadros de categorías y funciones con criterios objetivos, así como establecer políticas remunerativas sin incurrir en discriminación directa o indirecta, por motivo de sexo⁸⁰— su implementación es limitada, no solo por la alta informalidad del mercado laboral peruano sino por la baja capacidad de supervisión de las autoridades laborales.

Esto plantea un escenario de discriminación indirecta. Es decir, si bien se puede identificar una razón objetiva para pagar un salario inferior a estas mujeres madres trabajadoras -menos años de estudios y jornadas laborales más cortas-, ello no debe ocultar la discriminación estructural que está a la base y produce este resultado, esto es, la histórica división sexual del trabajo. Esto implicaba, y todavía lo hace, que el solo hecho de nacer mujer determinaba un destino doméstico, procreación de hijas/os sin mayor control, sumisión a la autoridad del hombre y, en definitiva, una vida monocorde destinada a la realización de tareas repetitivas y agotadoras, pero absolutamente necesarias para la supervivencia de la especie humana (Yañez, 2013).

En ese sentido, cualquier medida que se proponga para atender esta problemática debe partir de replantear la división sexual del trabajo o la asignación de roles y funciones en base al sexo de las personas. Asimismo, pasa también por reconocer a la maternidad y su aporte a la sociedad como una función social y no solo como un hecho biológico individual, cuyos impactos cada mujer debe resolver por su cuenta.

En el mundo rural la historia no difiere mucho, aunque las brechas de género son mayores. Las mujeres y hombres del área rural presentan una alta participación en la actividad económica. Así de cada 100 mujeres en edad de trabajar, 72 constituyen la fuerza laboral, mientras que los hombres alcanzan los 87. Sin embargo, esta alta participación de las mujeres corresponde a actividades agropecuarias de subsistencia y autoconsumo, es decir, sin derechos ni beneficios laborales.

79 En base a los datos de la ENAHO, el estudio de Lavado (2016), encuentra que una mujer trabajadora madre gana 30% menos que su par hombre, pero también, encuentra una brecha intra género, entre las mujeres con hijos y las mujeres trabajadoras que no tienen hijos menores de 5 años. En estos casos, una mujer trabajadora no madre, gana aproximadamente 300 soles mensuales más que las trabajadoras madres. Lo que se explicaría, en que sus jornadas laborales son más cortas y tienen en promedio 3 años menos de formación.

80 Articulado que se repite en el Decreto Supremo N° 05-202i-MINAGRI, que reglamenta la Ley N°3110, Ley del régimen laboral agrario y de incentivos para el sector agrario y riego, agroexportador y agroindustrial.



La agricultura ha sido una labor asignada tradicionalmente a los hombres, mientras que las mujeres se dedican a oficios domésticos, crianza de animales menores, cuidado de las niñas y niños, defensa de los recursos hídricos y recuperación de las especies. En la actividad agropecuaria el 30,8 % son mujeres y el 69,2 %, hombres. Las productoras agropecuarias tienen como promedio 1,8 hectáreas de tierras agrícolas, mientras los hombres de la misma condición tienen 3 hectáreas, lo que la gran mayoría de veces las hace inaccesibles al apoyo técnico y financiero formal.

Además, es igualmente relevante considerar que las mujeres son mayoría entre los trabajadores familiares no remunerados, es decir, son parte de la población considerada como económicamente ocupada, pero que no reciben ingresos por su trabajo (15,6 %). Asimismo, el 5,3 % de las mujeres son trabajadoras del hogar, mientras que el porcentaje de hombres que desempeñan esta actividad es mínimo.

Pobreza de tiempo y conciliación familiar

A más de cuarenta años de la declaración de igualdad entre los sexos, todavía la población peruana sigue encasillando a las mujeres en el mandato de la maternidad y le atribuye la responsabilidad de la crianza y el trabajo doméstico, como lo evidencian los datos de la Encuesta Nacional de Relaciones Sociales (ENARES), donde el 52,7 % de la población nacional dice estar de acuerdo con la expresión “la mujer debe cumplir como madre y esposa, después sus sueños” y, un 34,9% considera que “la mujer no puede tomar decisiones sin el permiso de su esposo o pareja” (ENARES, 2019).

Es decir, que el ingreso de las mujeres al mundo laboral y público, si bien interpela la asignación diferenciada de roles tradicionales, no ha estado acompañada de una redistribución de las tareas que tradicionalmente ellas realizan en el hogar, con el consiguiente aumento del tiempo de trabajo global, lo que se conoce como la doble e incluso triple jornada, y con efectos negativos en su autonomía económica, su salud física, mental, sexual, y en general, en su proyecto de vida, conforme lo evidencia la literatura especializada a nivel regional y también, en el plano nacional:

- Jaramillo y Ñopo (2020), en base a datos de la ENAHO 2018, encuentran que la presencia de niños/as menores de seis años dentro del hogar amplía la brecha de empleo entre hombres y mujeres en 10 puntos porcentuales; y cada hijo adicional, en 5 puntos porcentuales. De ma-

nera similar el estudio de Lavado (2017) evidencia el impacto del factor tiempo por el cuidado de niñas y niños pequeños en el desarrollo del capital humano y las bajas remuneraciones. Así, las mujeres que no tienen hijos ganan hasta 16 % más que aquellas que sí los tienen, es decir, que existen unas penalizaciones salariales por maternidad, especialmente cuando son menores de cinco años y se dispone de menos horas para la formación o para el mercado laboral, dado que en casa son ellas quienes realizan la mayor parte de los trabajos domésticos.

- Boyd y Rentería (2018), encuentran que el programa Cuna Más, dirigido al cuidado diurno de niñas y niños, tiene un impacto positivo sobre los resultados laborales de las mujeres con al menos un hijo de 6 a 36 meses y que forman parte de la PEA ocupada, quienes aumentan en un 14 % su probabilidad de estar ocupadas en el mercado laboral, mejorar los niveles remunerativos e incrementar su posibilidad de trabajar en el sector formal – aunque con un empleo informal–, así como de tener un empleo no precario, además de contribuir a la reducción de las brechas salariales respecto a los hombres. Sin embargo, el horario poco flexible de Cuna Más no coincide con el horario de trabajos formales y centros de estudios, de tal manera que las madres tendrían que complementarlo con otros recursos (Dador, J. & Hernández, W, 2021).

Según datos de la Encuesta Nacional del Uso del Tiempo (ENUT, 2010), el 16,8 % de mujeres realizan trabajo doméstico no remunerado, y solo el 9,8 % de hombres, lo que equivale al 20,4% del Producto Bruto Interno (PBI) del año 2010, donde aproximadamente el 80% de este valor recae en el trabajo doméstico realizado por las mujeres. Esta injusticia de género varía según el nivel socioeconómico, el estado civil, el ámbito geográfico y las condiciones materiales de la vivienda que se ocupa, entre otras; como lo evidencian los siguientes datos:

- El trabajo total, que comprende el trabajo remunerado y el trabajo no remunerado, es mayor para las mujeres. Ellas dedican 77:53 horas semanales al trabajo total y ellos 66:31 horas. Es decir, cada semana trabajan 9:22 horas más que los hombres.
- Las mujeres dedican 33:17 horas a la semana a actividades de cuidado de otros, mientras que los hombres dedican solo 18:21 horas. Es decir, ellas dedican 15 horas semanales más que los hombres.



- Las mujeres rurales trabajan 47:09 horas a la semana en actividades domésticas no remuneradas, mientras que las mujeres urbanas dedican a esta misma actividad 37:03 horas; es decir, las mujeres rurales trabajan 10:06 horas más a la semana que las mujeres urbanas; 26:58 horas más que los hombres rurales; y, 32:40 horas más que los hombres urbanos.
- Las mujeres que ocupan viviendas adecuadas trabajan 39:28 horas a la semana en actividades domésticas, mientras que las mujeres que habitan en viviendas inadecuadas (piso de tierra, sin agua potable o con toma externa, sin energía eléctrica ni combustible) dedican a esta misma actividad 46:34 horas a la semana. Es decir, 7 horas más.
- Las mujeres solteras o viudas dedican 9 horas semanales al cuidado de dependientes; cuando se casan o tienen pareja dedican el doble de tiempo a esta actividad, es decir, un marido genera una cantidad de trabajo similar al de otro hijo/a. Para los hombres, las horas dedicadas a actividades de cuidado se incrementan de 4:56 horas semanales cuando está soltero, a 6:47 horas semanales cuando tiene pareja y 8:00 horas semanales, cuando se divorcia o enviuda y pierde la atención doméstica gratuita que provee la cónyuge.

A través de las encuestas de medición del uso del tiempo y su valorización en las cuentas nacionales⁸¹ se visibiliza de manera objetiva el rol del trabajo de cuidado realizado por las mujeres en la dinámica económica: ellas cuidan la fuerza de trabajo futura (niñez), la actual (jóvenes) y también a la pasada (adultos mayores); además, se da a conocer que la actual organización social del cuidado no solo subsidia el capitalismo, sino que tiene serias desventajas para la autonomía de las mujeres, pues disminuye sus posibilidades de tiempo para un trabajo asalariado con derechos sociales y sin intermitencias o para el involucramiento en actividades que favorezcan su proyecto de vida, horas de descanso y posibilidades de ocio.

¿Qué nos dice esto? que los cuidados son trabajo; conforme lo señala el Tribunal Constitucional: “las mujeres también trabajan en el ámbito del hogar, sin embargo, este tipo de trabajo no percibe remuneración alguna, pese a que

81 La ley N° 29700, incluye el trabajo no remunerado en las cuentas nacionales y su Reglamento el Decreto Supremo N° 056-2014-PCM, señala que la Encuesta de Uso del Tiempo permite la recolección de datos requeridos para cuantificar las horas que las mujeres y hombres dedican a diferentes actividades y al trabajo doméstico no remunerado, se realiza cada cinco años; y que, la Cuenta Satélite del Trabajo Doméstico No Remunerado, cuantifica el valor generado por el trabajo no remunerado de mujeres y hombres del hogar, que puede ser relacionados con el PBI.

es un trabajo real y efectivo”⁸², que el poder de los hombres en la sociedad es generado por el trabajo gratuito de las mujeres. Así, con los años, los hombres van adquiriendo valor de intercambio en el mercado laboral y político, y las mujeres van perdiendo valor y oportunidades (Izquierdo, 2016).

Frente a esta realidad se levantan las propuestas sobre la conciliación entre el mundo familiar y laboral, aunque dirigidas principalmente a conciliar el trabajo extra doméstico y las responsabilidades de cuidado de las mujeres, a través de licencias y centros de cuidado infantil. Lo que ha llevado a plantear el cuidado como un derecho y, su corresponsabilidad en lo social y de género al interior de las familias.

Esta nueva mirada parte del convencimiento de la vulnerabilidad de los seres humanos debido a que todas las personas lo necesitan a lo largo de su vida, en mayor o menor intensidad, especialmente al inicio y al final del ciclo vital. Como tal el trabajo doméstico y los cuidados son un bien común indispensables para el sostenimiento de la vida y constituyen la pre condición base sobre la que se sostiene la organización del trabajo remunerado y el modelo de democracia liberal, desterrando el viejo mito del “trabajador ideal” que gana un salario familiar y dispone de tiempo para la participación política (Izquierdo J., 2018; Pautassi L., 2018).

A partir de estas premisas, el cuidado fue propuesto como un derecho en un documento que se presentó en la X Conferencia Regional de la Mujer de América Latina y el Caribe, celebrada en la ciudad de Quito en el año 2007. En el 2013 se aprobó la Ley Marco de la Economía del Cuidado en la XXIX Asamblea General del Parlamento Latinoamericano, que establece que los Estados deben promover políticas, planes y programas para las personas que requieren de cuidado y para quienes los proveen. Sin embargo, es recién en el 2021 que la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), conceptualiza el cui-

82 Sentencia recaída en el Exp. N°01272-2017-PA/TC.



dado como un derecho fundamental⁸³, que comprende “... recibir cuidados de calidad para garantizar un desarrollo integral a lo largo del ciclo vital y brindar cuidados en condiciones de igualdad, dignidad, corresponsabilidad y autocuidado”⁸⁴. Sin embargo, el cuidado no es solo un derecho en sí mismo, sino que se constituye también en un elemento central para garantizar el ejercicio y disfrute transversal de otros derechos.

El reconocimiento del cuidado como un derecho humano permitiría desvincularlo de otras condiciones de acceso a derechos, como la condición de trabajador asalariado formal; a diferencia de los enfoques centrados en necesidades básicas o en grupos vulnerables, permite delimitar claramente quiénes son titulares de este derecho, quiénes son titulares de deberes, cuáles son los mecanismos de exigibilidad del derecho y cuáles las medidas destinadas a reducir las desigualdades. En ese sentido, el papel del Estado no se reduce al de un simple proveedor de servicios, sino que le corresponde garantizar los derechos, regular las responsabilidades de las otras instituciones, así como promover los cambios culturales por parte de los hombres, y también en las mujeres, para que “deleguen” y avancen en la consolidación de su autonomía y toma de decisiones.

Sobre la corresponsabilidad, cabe señalar que tiene por objetivo deconstruir la idea de que los cuidados y el trabajo doméstico no remunerado son una responsabilidad de las mujeres y propone una redistribución entre diferentes actores (Arriagada y Todaro, 2012).

La corresponsabilidad social alude a la participación del Estado, el mercado (sector privado), las comunidades, y las familias en la provisión de servicios de cuidados, lo que también se conoce como corresponsabilidad horizontal, en la medida en que cada uno de estos sectores participa con distintas modalidades e intensidades, mientras que la corresponsabilidad de género, de-

83 La Constitución de Ecuador (2008), pone énfasis en el cuidado de las personas adultas mayores y subraya que el Estado establecerá políticas públicas y programas para su atención, diferenciadas por urbano/rural, inequidades de género, etnia, cultura y por las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; además, reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de auto sustento y cuidado humano que se realiza en los hogares; la Constitución Política de Bolivia (2008), establece que debe reconocerse el valor económico del trabajo del hogar como fuente de riqueza que deberá cuantificarse en las cuentas públicas. En República Dominicana la Constitución Política del Estado (2010) señala el reconocimiento del valor productivo del trabajo doméstico (FES, 2021). Más reciente, la Constitución Política de la Ciudad de México (2017), reconoce al cuidado como un derecho social fundamental, por el que “toda persona tiene derecho al cuidado que sustente su vida y le otorgue los elementos materiales y simbólicos para vivir en sociedad a lo largo de toda su vida. Las autoridades establecerán un sistema de cuidados que preste servicios públicos universales, accesibles, pertinentes, suficientes y de calidad y desarrolle políticas públicas. El sistema atenderá prioritariamente a las personas en situación de dependencia por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, especialmente infancia y vejez y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado.”

84 Artículo 5° de la Ley Modelo de Cuidados Interamericana, 2021. En: <https://www.oas.org/es/cim/docs/LeyModelo-Cuidados-ES.pdf>

manda la distribución igualitaria de las tareas domésticas y de cuidado entre hombres y mujeres al interior de las familias, como elemento clave para el desarrollo de las personas y de las familias. Considera las capacidades, dificultades de la tarea y el tiempo de cada cual, de acuerdo con la edad y madurez, propiciando el desarrollo de la autonomía de sus integrantes y la mejora en las interacciones familiares.

En cuanto a los cuidados a proveer, existen algunos factores claves que determinan la organización social: tiempo, dinero y servicios de cuidado. El tiempo para cuidar (licencias de cuidado, horarios, flexibilidad y modalidades de trabajo), los recursos financieros para cubrir parte de los costos de la crianza, manutención y jubilación (subsidios, pensiones, transferencias condicionadas, ingresos laborales dignos) y la infraestructura de servicios de cuidado que representan alternativas al cuidado familiar (Muñoz Rojas, 2017; Pautassi 2018).

A pesar de los avances en esta materia, las licencias y servicios de cuidados alcanzan, principalmente a las trabajadoras que cuentan con un empleo formal remunerado, dejando por fuera a un importante sector de la población que se encuentra en situación de informalidad o bajo regímenes especiales, con prescindencia de la responsabilidad paterna o masculina (Pautassi, 2007).

La licencia por maternidad es un derecho individual para atender un problema que concierne a la sociedad en su conjunto. Comprende un período de descanso por catorce semanas, 49 días antes del parto, con protección del empleo, remunerado, que se concede a las gestantes hacia el final del embarazo y que continúa inmediatamente después del parto con la finalidad de permitir la recuperación física y mental de mujer frente a los cambios fisiológicos asociados con gestación y el parto. El goce de descanso prenatal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el post natal, a decisión de la trabajadora gestante.

Asimismo, para la aplicación del derecho a participar en las utilidades que generen las empresas donde prestan servicios, los días de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora se consideran como laborados⁸⁵.

La licencia por paternidad avanzó de tres a diez días calendarios consecutivos por parto o cesárea, pudiendo continuar con el goce de sus vacaciones.

85 Ley N° 30792, reglamentada por el Decreto Supremo 009-98-TR, modificado por el Decreto supremo N° 007-2018-TR.



Adicionalmente, contempla licencias por veinte y treinta días para los casos de partos prematuros, múltiples y con enfermedades congénitas, respectivamente⁸⁶.

El país no ha transitado aún hacia las licencias parentales o período de licencia más largo y con protección del empleo a disposición de uno o ambos padres, según acuerdo, para permitirles cuidar de sus hijas o hijos después de que expire la licencia de maternidad o paternidad. Países de la región como Chile y Colombia otorgan licencias parentales, e incluso extienden a los padres trabajadores el derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Estas medidas apuntan hacia un cuidado corresponsable⁸⁷.

En cuanto a la flexibilidad para obtener permisos, el Decreto Legislativo N° 1405 establece que el servidor o servidora dispone de hasta siete días hábiles, dentro de los treinta días calendario de su periodo vacacional, para fraccionarlos en periodos inferiores a siete días y con mínimos de media jornada ordinaria de servicio, propendiendo así a la conciliación entre la vida familiar, personal y laboral. Sin embargo, está comprobado que este tipo políticas son más exitosas cuando se trabaja sobre la base de programas de estímulos para motivar a las empresas privadas a que evalúen las necesidades de cuidado de sus empleados e inviertan en soluciones para satisfacer tales necesidades y las de la comunidad que las rodea e implementen políticas de flexibilidad con esquemas de horarios y permisos dirigidos al personal de ambos sexos, compatibilizando la jornada de trabajo con sus responsabilidades de cuidado. La evidencia reciente demuestra que las ganancias pueden ser considerables cuando se atienden las necesidades de cuidado del personal⁸⁸.

Sobre la disponibilidad de servicios de cuidado dirigidos a los distintos grupos poblacionales (niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad), no existe obligación expresa del Estado de proveerlos. En el caso del cuidado infantil, la antigua ley de 1918 (Ley N° 2851), sobre trabajo de mujeres y menores, derogada durante la flexibilización laboral del fujimorato, establecía la obligación de contar con servicios de salas cuna en los centros laborales que contaban con un número

86 Ley N° 29409, posteriormente modificada por la Ley N° 30807 que amplía la licencia por paternidad a diez (10) días calendario consecutivos en los casos de parto natural o cesárea.

87 Ley 20.761, Chile; y Ley N° 2114, Colombia. En Costa Rica, solo para el caso de enfermos terminales.

88 En Vietnam, con la oferta de cuidado infantil de Nalt Enterprise, un productor textil, se redujo la rotación de personal en un tercio, o en Jordania donde las ausencias por permisos de salud disminuyeron nueve por ciento en nueve meses en MAS Kreedda Al Safi-Madaba, un fabricante de ropa, gracias a que se estableció una guardería en el edificio de trabajo. En: <https://www.unicef.org/media/95111/file/Child-Care-ES.pdf>

de trabajadoras mujeres en edad reproductiva. En la actualidad, existen en el Congreso de la República algunas propuestas legislativas para restablecer esta obligación en los centros laborales y centros de estudios que albergan hombres y mujeres en edad reproductiva, ya no solo a mujeres, es decir, que se entiende que la reproducción y la crianza no es solo un asunto de mujeres, sino d hombres y mujeres, sin que se haya logrado un mayor avance.

En resumen, la dispersión de normas, regímenes especiales y aproximaciones a la demanda potencial de servicios de cuidados, hacen urgente la regulación y actuación desde un marco que respete la universalidad de los derechos humanos, tanto en las empresas formales como informales, y organice un Sistema Nacional de Cuidados que articule oferta, demanda y empresas y, que impulse una visión corresponsable de la organización social del cuidado, enfatizando el “reconocimiento” de los cuidados como trabajo, la “reducción” de las horas que las mujeres dedican a estas tareas, la “redistribución” del cuidado al interior del hogar y en la sociedad, involucrando a los hombres, al Estado, mercado, comunidad y familias. Además, de “recompensar” y “representar”, con miras a garantizar la negociación colectiva de las trabajadoras y trabajadores que cumplen funciones remuneradas en el sector de los cuidados.

Referencias

Arriagada Irma & Todaro Rosalba (2012). Cadenas Globales de Cuidados. El papel de las migrantes en la provisión de cuidados en Chile.

Dador Jennie & Hernández Wilson (2021). Balance 2016-2021 y agenda 2021-2026: Desigualdades de género y violencias contra las mujeres. CIES, 2022.

Fiedriech Ebert Stiftung (2021). Comparativo Constituciones América Latina. Material pedagógico 109 / 110 noviembre – diciembre, 2021.

Güezmes, Ana, Scuro Lucía & Bidegain Nicole (2022). Igualdad de género y autonomía de las mujeres en el pensamiento de la CEPAL. El Trimestre Económico. Fondo de Cultura Económica, vol. 89 (353).

Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI (2021). Perú: Brechas de género 2020. Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres.



Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI (2020). Encuesta Nacional de Relaciones Sociales (ENARES, 2019). Lavado Tamia (2017). Penalizaciones salariales por maternidad: el costo de ser madre en el Perú. Consorcio de Investigación Económica y Social – CIES. Recuperado de <https://www.cies.org.pe/es/investigaciones/empleo-generopobreza/penalizaciones-salariales-por-maternidad-el-costo-de-ser-madre>

Izquierdo Jesús (2018). Consideraciones recientes sobre el debate de cuidados. En: El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas. Ciudad de México, mayo 2018.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2017). Conceptos fundamentales para la transversalización del enfoque de género. 2da. Edición, diciembre 2017.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2021). Documento técnico. Marco conceptual sobre Cuidados. Resolución Ministerial 170-2021-MIMP.

Patuassi C., L. (2007). El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. Serie de Mujer y Desarrollo N° 87, 1-50.

Samman Emma & Lombardi Joan. Cuidado infantil y familias trabajadoras: ¿una nueva oportunidad o un vínculo perdido? Un informe de evidencias. UNICEF.

Autores

Dante Pesce González

Fundador y Director Ejecutivo Centro Vincular de la Escuela de Economía y Negocio de la Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Ex Miembro y Presidente del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

Amanda Romero Medina

Doctora en educación por la Universidad Pedagógica Nacional de Colombia; profesora titular de cátedra de la maestría en derechos humanos, gestión de la transición y el post conflicto de la Escuela Superior de Administración Pública, Colombia. Representante Legal de la oficina en Colombia, Investigadora Senior y Representante Regional para Suramérica, excepto Brasil, del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, CIEDH.(romero [at] business-humanrights.org).

Federico Chunga Fiestas

Abogado especializado en Empresas y Derechos Humanos, Derecho Constitucional, y políticas públicas con enfoques de derechos humanos e integridad y lucha contra la corrupción. Ha cursado estudios en la Universidad Nacional de Piura, la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Chile, el Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del MercoSur, la Universidad San Martín de Porres, entre otras instituciones. Cuenta con una amplia trayectoria en el sector público, en el que ha cumplido labores de formulación, supervisión y evaluación de políticas públicas desde el enfoque de derechos humanos. Desde enero de 2019 hasta junio de 2021, por encargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y en calidad de Coordinador General, lideró el proceso de elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025, aprobado el 11 de junio de 2021 (Decreto Supremo N° 09-2021-JUS), el primero de su tipo en Perú y el tercero de América Latina.



Eduardo Vega Luna

Abogado y Magister en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido Defensor del Pueblo (2011-2016), Ministro de Justicia y Derechos humanos (noviembre de 2020-julio 2021), Presidente de la Comisión Presidencial de Integridad (2016) y miembro del Consejo Consultivo para la Reforma del Sistema de Justicia (2018). Actualmente es jefe de la carrera de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya y uno de los 18 expertos independientes del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. El primer plan nacional de acción sobre empresas y derechos humanos de Perú fue aprobado el 11 de junio de 2021, durante su gestión como ministro de justicia y derechos humanos.

María Isabel Cubides Sánchez

Abogada Colombiana y admitida al Barreau de Paris, graduada de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II) y la Universidad de Rosario con Maestrías en Derecho Internacional Público de la Universidad de Leiden y Antropología Jurídica de la Sorbonne (Paris I). Entre 2016 y 2022 hizo parte del equipo de Empresas y Derechos Humanos de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), ocupando recientemente el cargo de directora encargada de la oficina de empresas y derechos humanos. Cuenta con una extensa experiencia en litigio internacional, litigio estratégico e investigación. Ha trabajado en todos los continentes y en más de 30 países para redefinir las prácticas empresariales y reforzar las normas para proteger los derechos humanos y el medio ambiente. Entre otras, participó a las sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental en el seno del cual se negocia actualmente el instrumento vinculante, contribuyendo a la redacción de propuestas concretas para alinear dicho instrumento con el derecho internacional y colmar las brechas de responsabilidad existentes. Asimismo, ha estado vinculada de cerca con las reflexiones alrededor de la implementación y litigio sobre la ley francesa del deber de vigilancia y la directiva europea en la materia. Actualmente, trabaja en la implementación de sistemas de debida diligencia en materia de derechos humanos y ambiente.

María Jennie Dador Tozzini

Abogada Feminista experta en género y derechos humanos. Feminista. Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Diplomada en Género y con estudios de maestría en Ciencia Política, mención Políticas Públicas y

Sociedad Civil, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recientemente, Diplomada en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por la Universidad de Chile. Es autora de diversas publicaciones e investigaciones. Ex asesora del Despacho Ministerial del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ex Directora Ejecutiva del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Desarrollo. Actualmente, es directora ejecutiva de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos



Anexo

Proyecto de ley que regula la actividad empresarial y la debida diligencia en materia de derechos humanos y ambiente

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
POR CUANTO:
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2. Ámbito de Aplicación

- 2.1 Esta Ley es aplicable a todas las empresas, nacionales o con participación de capital extranjero, privadas, públicas o con participación estatal, con independencia de su tamaño, sector de actividad, ubicación, propietarios y estructura, cuyas actividades u operaciones se realicen o tengan impacto dentro del territorio nacional, incluso cuando se ejecuten por medio de sucursales, sus filiales, proveedores, subcontratistas o licenciatarios, o se lleven a cabo a través de medios digitales, o no estén jurídicamente domiciliadas en el territorio nacional.
- 2.2 Sin perjuicio del párrafo precedente, y de lo previsto en esta norma, podrá establecerse por Ley reglas especiales para la micro y pequeña empresa siempre que estas diferencias se sustenten en causas objetivas y razonables.

Artículo 3. Interpretación de las disposiciones de la Ley

Las disposiciones de la presente Ley y de su Reglamento, así como de cualquier norma complementaria o conexas vinculadas a éstos, se interpretarán de conformidad con lo establecido en los Principios Rectores de las Naciones



Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales y los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, así como de los pronunciamientos de los órganos internacionales y/o supranacionales encargados de controlar o promover su cumplimiento. En todo caso, al elegir qué norma aplicar a un determinado caso, se deberá elegir la que más favorezca a la persona.

TÍTULO II DEL DEBER DE PROTECCIÓN ESTATAL

Capítulo I POLÍTICA NACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Artículo 4. Deber estatal del proteger los derechos humanos en el marco de las actividades empresariales

- 4.1. Los poderes del Estado y todos los sectores y niveles de gobierno en el marco de sus competencias tienen la obligación de:
- a. Regular de manera efectiva las actividades empresariales en su territorio, que se encuentren bajo su jurisdicción u control, para garantizar que respeten los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como adaptar las normas de modo que garanticen que estas respeten y garanticen los derechos y estándares contenidos en las normas internacionales que obligan al Perú.
 - b. Cumplir y hacer cumplir las leyes u otras normas que tengan por objeto o efecto que las empresas respeten los derechos humanos



de todas las partes interesadas y el medio ambiente, así como evaluar y revisar periódicamente dicha legislación con el objeto de que cumpla tal objeto.

- c. Asegurar que las leyes y otras normas, sean estas laborales, ambientales, mercantiles, comerciales, tributarias o de cualquier otro ámbito, no menoscaben de cualquier forma el deber empresarial de respetar los derechos humanos de todas las partes interesadas y el medio ambiente.
 - d. Asegurar que las sentencias judiciales relacionadas con el ejercicio de los derechos humanos o daños al medio ambiente en el marco de la actividad empresarial sean ejecutadas dentro de los plazos previstos por Ley y de acuerdo a los criterios establecidos en las normas internacionales de derechos humanos.
 - e. Desarrollar actividades de formación, asesoramiento y asistencia técnica a las empresas para optimizar el cumplimiento de su obligación de respetar los derechos humanos de todas las partes interesadas y el medio ambiente en sus actividades.
- 4.2. Por “parte interesada” se entiende los accionistas, otros propietarios, los trabajadores y sus organizaciones sindicales, así como cualquier otra persona o grupo que resulte afectado por las actividades de las empresas. El término ‘parte interesada’ debe interpretarse funcionalmente a la luz de los objetivos de la presente Ley y debe incluir a las partes interesadas indirectamente cuando sus intereses resulten sustancialmente afectados, en el presente o en el futuro, por las actividades de las empresas. Además de las partes directamente afectadas por las actividades de las empresas, podrán ser partes interesadas aquellas partes que resulten afectadas indirectamente por las actividades de las empresas como son los grupos de consumidores, los clientes, los gobiernos de ámbito regional y local, las comunidades aledañas, los pueblos indígenas u originarios, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones crediticias públicas y privadas, los proveedores, las asociaciones comerciales y demás.

Artículo 5. Política y Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos

- 5.1. El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos aprueba y revisa periódicamente y de manera descentralizada una Política y un Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos, en consulta previa y efectiva con las organizaciones de empleadores y trabajadores, pueblos indígenas, organizaciones de la sociedad civil especializadas en materias vinculadas a los derechos humanos y el medio ambiente, así como organismos internacionales y de cooperación. El Reglamento regula el procedimiento de consulta.
- 5.2. La consulta a la que refiere el párrafo precedente es previa a la adopción de la Política o el Plan, convoca a las organizaciones representativas de todas las partes interesadas, y se lleva a cabo de buena fe y con genuino ánimo de llegar a consensos, así como de respetarlos. El Reglamento regula los aspectos operativos del procedimiento de consulta.
- 5.3. La Política y el Plan mencionados en el numeral 5.1 incluirán mecanismos de supervisión y monitoreo que integren a las organizaciones mencionadas en dicho numeral, y se financian con cargo al presupuesto institucional del MINJUS sin demandar gastos adicionales al tesoro público.

Artículo 6.- Formación en materia de derechos humanos a funcionarios y servidores públicos

Es obligación de toda entidad pública de cualquier sector o nivel de gobierno implementar periódicamente programas o acciones de formación en materia de derechos humanos y del deber de debida diligencia empresarial, conforme lo establezca el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos.

Artículo 7. Asistencia técnica a empresas en materia de derechos humanos

Las entidades estatales, conforme a sus competencias y de acuerdo con lo señalado en el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos, implementan programas de asistencia técnica descentralizados para el cumplimiento del deber de respeto de los derechos humanos, dirigidos a las empresas y, en particular, a la micro y pequeña empresa.



Capítulo II

ESPACIOS DE DIÁLOGO Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Artículo 8. Diálogo social sobre Empresas y Derechos Humanos

- 8.1. Créese la Mesa Multiactor para la Política y el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos, como espacio de diálogo efectivo, articulación y coordinación de las entidades estatales, las empresas, las organizaciones sindicales, los pueblos indígenas u originarios, las organizaciones de la sociedad civil, así como de las organizaciones internacionales y de cooperación internacional, para la implementación, seguimiento, monitoreo, evaluación y actualización de la Política y el Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos.
- 8.2. La Mesa Multiactor es Presidida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y se rige por su Reglamento Interno aprobado por Decreto Supremo a propuesta de la propia Mesa.

Artículo 9. Rendición de cuentas

- 9.1. Es deber de todas las entidades estatales rendir cuentas públicas sobre el avance de sus intervenciones y el cumplimiento de los objetivos trazados en la Política y el Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos. Para tal efecto, la Mesa Multiactor para la Política y el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos establece los mecanismos y procedimientos que deben ser observados.
- 9.2. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publica un informe bianual que consolida los avances de los distintos poderes del Estado y sectores y niveles de gobierno.

TÍTULO III

DEL DEBER DE RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Capítulo I

DEL DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA

Artículo 10. Obligación general de las empresas

- 10.1 Todas las empresas están obligadas a respetar los derechos humanos

y el medio ambiente, lo que implica que están obligadas a abstenerse de afectarlos a través de sus actividades, sea por acción u omisión, ya sea de forma directa o indirecta, o por efecto de las relaciones contractuales o comerciales en las que son parte. También son responsables de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos o el medio ambiente en las que tengan cualquier tipo de participación.

- 10.2 Estas obligaciones incluyen el deber de garantizar que las filiales, cadenas de proveedores, licenciarios y subcontratistas de las empresas respeten los derechos humanos evitando tanto las violaciones de derechos humanos que puedan producirse directamente, como aquellas que sean cometidas por complicidad, colaboración, omisión, negligencia, instigación o encubrimiento.

Artículo 11. Deber de debida diligencia empresarial

A fin de garantizar el cumplimiento de la obligación señalada en el artículo precedente, las empresas deben cumplir con el deber de debida diligencia, que implica identificar, prevenir y reparar los riesgos o daños que la actividad empresarial pueda generar en los derechos humanos de todas las partes interesadas y en el medio ambiente, de conformidad con las reglas establecidas en la presente ley, así como de lo señalado en la normativa nacional e internacional correspondiente. El incumplimiento de deber de diligencia empresarial genera las responsabilidades establecidas en la presente Ley, sin perjuicio de las consecuencias previstas en otras normas.

Capítulo II **OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS**

Artículo 12. Plan Empresarial en materia de derechos humanos

- 12.1. Toda empresa debe contar con un “Plan Empresarial en materia de derechos humanos y protección del medio ambiente” aprobado por el más alto nivel directivo de la empresa, que, como mínimo:

- I. Explícite su compromiso, a todo nivel y en cualquier tipo de actividad que desarrolle o en la que participe, de respetar los derechos humanos de las partes interesadas y el medio ambiente, así como de asegurar la sostenibilidad de sus actividades, de modo que se favorezca la mejora de la calidad de vida de las poblaciones y territorios en los que realiza sus operaciones, haciendo un



- uso eficiente y responsable de los bienes de la naturaleza previniendo los impactos negativos sobre estos.
- II. Establezca los medios y recursos requeridos para hacer realidad este compromiso;
 - III. Establezca lo que la empresa espera en materia de derechos humanos y protección del medio ambiente de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus actividades o con las actividades en las que participa.
 - IV. Señale los mecanismos disponibles para prevenir y, de ser el caso, reparar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos de las partes interesadas y el medio ambiente que puedan derivar directamente de sus actividades o de aquellas en las que tenga cualquier tipo de participación.
- 12.2. El Plan Empresarial regulado en el presente artículo debe ser consultado de manera efectiva con las organizaciones de trabajadores o, de ser el caso, con las y los trabajadores de las empresas implicadas en caso de que dichas organizaciones no existan, así como con los pueblos indígenas, comunidades, u otras partes impactadas o potencialmente impactadas por las actividades empresariales, conforme establezca el Reglamento de la presente ley.

Artículo 13. Deber de información de la Política Empresarial

- 13.1. Las empresas producen y divulgan anualmente un Informe reportando las acciones implementadas para garantizar el respeto de los derechos humanos en las actividades que desarrollen o participen, y en las relaciones contractuales de las que son parte. El Informe incluirá, además de los riesgos de afectaciones a los derechos humanos identificados, los mecanismos empleados para prevenirlos y mitigarlos, así como las medidas de prevención, mitigación y reparación para cada riesgo que hayan sido aplicadas.
- 13.2. Estos informes serán comunicados el mes de enero de cada año a los trabajadores y sus organizaciones, a los pueblos indígenas u originarios, las comunidades afectadas por sus operaciones, así como a cualquier parte impactada o potencialmente impactada por las actividades que realicen, en las operaciones en las que participen, o en las relaciones contractuales en las que son parte, documentando el cumplimiento de sus obligaciones de cuidado razonable para evitar daños previsibles. El formato del informe será definido por el reglamento.

- 13.3. Los informes incluyen información sobre los procedimientos para presentar consultas, quejas y/o reclamaciones en el marco de la implementación de dicha Política.
- 13.4. Las empresas que no cumplan con elaborar y comunicar estos informes o que elaboren informes que no cumplan con el contenido establecido en esta Ley serán pasibles de sanciones tales como multas o su exclusión de contratos públicos.
- 13.5. El Reglamento establece los mecanismos previstos para hacer públicos estos informes y la forma como se harán efectivas las responsabilidades a que se refiere el numeral anterior.

Artículo 14. Identificación, prevención y mitigación de riesgos

- 14.1. Las empresas se encuentran obligadas a identificar, prevenir y mitigar los riesgos reales y potenciales que su actividad empresarial, las operaciones en las que participan o las relaciones comerciales de las que son parte, puedan generar en los derechos humanos de todas las partes interesadas o en el medio ambiente.
- 14.2. La identificación, prevención y mitigación de tales riesgos debe realizarse de manera periódica y permanente, y en particular, cuando se amplíen o modifiquen las operaciones empresariales o se produzcan cambios en el contexto en el que estas se realizan. Asimismo, deben incluir consultas efectivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas. Sus resultados deberán incluirse en el informe anual a que refiere el artículo 13 de la presente Ley.
- 14.3. Las empresas deben integrar los puntos de vista de las víctimas o potenciales víctimas de los impactos en derechos humanos de sus actividades, así como las conclusiones de sus evaluaciones de riesgo de impactos en derechos humanos en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas.
- 14.4. La implementación de mecanismos para la identificación, prevención y mitigación de riesgos no solo es una obligación de comportamiento sino también una de resultado, de modo que no exime de responsabilidad a la empresa por la violación de derechos humanos que se genere como consecuencia de las acciones u omisiones que hayan contribuido a dicha violación.



14.5. Las obligaciones establecidas en el presente artículo pueden integrarse a otros procesos ya establecidos para identificación de otros riesgos resultantes de la actividad empresarial.

Artículo 15. Mecanismos de monitoreo y supervisión

15.1. Las empresas deben implementar de manera efectiva mecanismos de monitoreo y supervisión internos o externos del respeto de los derechos humanos y el medio ambiente en sus operaciones, que abarquen sus filiales (directas o indirectas) y toda su cadena de provisión o suministro, incluidos contratistas y/o subcontratistas, proveedores u otras empresas, grupos de personas o personas naturales con las que entablen relaciones contractuales, comerciales o de cualquier otra naturaleza, relacionadas con sus actividades productivas.

15.2. El monitoreo y supervisión debe realizarse de manera periódica y sus resultados deberán ser incluidos en el informe anual a que refiere el artículo 13 de la presente Ley. El Reglamento establece la periodicidad mínima en que estos se realizan, según sector de actividad o tamaño de la empresa, y establece las características mínimas que deben reunir de acuerdo con el tamaño de la empresa.

15.3. Los mecanismos de monitoreo y supervisión tienen por objeto verificar la aplicación y eficacia de las medidas para prevenir y/o mitigar los riesgos, y prevenir y reparar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos. En el caso de la cadena de suministro los mecanismos de monitoreo y supervisión tienen por objeto verificar que la identificación, prevención y mitigación de riesgos realizada por quienes forman parte de la cadena de suministro son aptas para evitar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y el medio ambiente

15.4. Los resultados de las acciones de monitoreo y supervisión serán comunicados a los socios comerciales, a las partes implicadas en su prevención, mitigación y reparación, y a las partes interesadas afectadas o potencialmente afectadas por la actividad empresarial.

Artículo 16. Procedimiento de atención de casos y denuncias frente a afectaciones a los derechos humanos o el medio ambiente

16.1. Las empresas deben implementar instancias y procedimientos específicos para la atención de preocupaciones, problemas o denuncias relacionadas con la afectación o posible afectación de los derechos hu-

manos y el medio ambiente en sus actividades empresariales o en las operaciones en las que participen. Estas instancias y procedimientos deberán:

- a) Ser confiables y accesibles para todas las personas, partes interesadas, grupos de personas u organizaciones afectadas o potencialmente afectadas por las actividades empresariales o por las operaciones en las que la empresa participe y, en particular, atender a los factores de idioma, género, edad, nivel de alfabetización, costos, ubicación física y temor a represalias de los denunciantes.
 - b) Ser simples y ofrecer información oportuna y suficiente sobre sus etapas y los resultados esperables, lo mismo que las vías para aportar información y demanda de remedios relacionados con el proceso de investigación y atención de las denuncias relacionadas con la afectación o posible afectación de los derechos humanos en las actividades empresariales respectivas.
 - c) Ser gratuitos, transparentes y equitativos, ofreciendo a los recurrentes toda la información que requieran sobre la evolución del caso y sobre la materia que es objeto del caso.
 - d) Garantizar que los planteamientos de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos por parte de las empresas reciban respuestas de manera efectiva y no solo formal, así como que la información aportada por éstas sea incorporada y atendida debidamente en el procedimiento respectivo.
 - e) Hacer públicas las acciones y decisiones que se adopten, salvo que su difusión implique una lesión de los derechos de las víctimas.
 - f) Ser oportunas y proveer a los recurrentes una decisión en tiempo razonable
- 16.2. Cuando las afectaciones a derechos humanos y al medio ambiente se hayan concretado, las instancias de atención y denuncia podrán proveer las reparaciones correspondientes, que deberán ajustarse a los criterios establecidos en el artículo 24 de la presente Ley. En ningún caso, el acceso a estos mecanismos podrá entenderse como una condi-



ción previa de acceso a la justicia o de exoneración de la responsabilidad de la empresa.

Artículo 17. Normas aplicables a las micro y pequeñas empresas

17.1. El Poder Ejecutivo establece procedimientos simplificados que adecúan las obligaciones establecidas en el presente Capítulo a las particularidades de las micro y pequeñas empresas.

17.2. En el caso de la micro y pequeña empresa, las obligaciones establecidas en el presente capítulo solo son exigibles luego de que las entidades estatales competentes les hayan brindado la capacitación y el asesoramiento requerido para su implementación.

TÍTULO IV DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL Y LA REPARACIÓN DE LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Capítulo I DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS

Artículo 18. Responsabilidad empresarial por afectaciones a los derechos humanos o afectaciones al medio ambiente en el Perú

18.1. Existe responsabilidad empresarial por afectaciones a los derechos humanos o al medio ambiente ocurridas en territorio peruano en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la actividad de la empresa ocasiona, por acción, omisión o negligencia, una afectación de manera directa.
- b) Cuando, sabiendo o debiendo haber sabido que su actividad contribuye o puede contribuir a producir una afectación a los derechos humanos de manera indirecta, la empresa no la hubiese evitado.
- c) Cuando las actividades de alguna persona natural o jurídica con la que una empresa mantiene o mantuvo relación contractual o

comercial, causen u ocasionen una afectación directamente vinculada a las operaciones, productos o servicios generados por la empresa.

- 18.2. Las implicancias penales, civiles y administrativas de la responsabilidad empresarial por afectaciones a los derechos humanos o al medio ambiente se rigen por la presente Ley y por el régimen regulado por las normas pertinentes. La responsabilidad de la persona jurídica responsable no excluye la responsabilidad de las personas naturales implicadas, y las sanciones que se adopten, de ser el caso, deberán ser efectivas y disuasivas.

Artículo 19. Responsabilidad empresarial por afectaciones de derechos humanos o al medio ambiente fuera del Perú

Las empresas domiciliadas en el Perú que operen en el extranjero, ya sea directamente o por medio de filiales o sucursales, están obligadas al respeto de los derechos humanos y a la protección del medio ambiente, así como a la plena observancia del marco jurídico de los países en donde operen. El hecho de que un país tenga una protección menor de ciertos derechos no justifica las violaciones.

Cualquier vulneración de derechos humanos generadas por estas empresas que ocurra fuera del territorio nacional da lugar a las responsabilidades reguladas en el presente Título y puede ser sometida a la jurisdicción del Estado en que se produzca la vulneración o en la jurisdicción peruana a elección del titular de derechos afectado.

Artículo 20. No extinción de la responsabilidad empresarial

20.1. Corresponde a las empresas demostrar que adoptaron todas las medidas necesarias para no ocasionar o no contribuir a una vulneración de los derechos humanos o al medio ambiente, o para impedir dicha vulneración. La diligencia debida no podrá ser alegada como eximente de responsabilidad.

20.2. La responsabilidad empresarial por afectaciones a derechos humanos o al medio ambiente tampoco se extingue por fusión, absorción o escisión, ni por disolución aparente cuando continúe la actividad económica y se mantenga los rasgos centrales de la identidad empresarial. En estos casos, la responsabilidad entre las empresas participantes es solidaria.



- 20.3. La noción de responsabilidad civil y penal por violaciones a los derechos humanos o al medio ambiente como consecuencia de las actividades empresariales abarca también a las personas físicas, incluyendo a los miembros de las instancias directivas encargadas de la gestión de aspectos relacionados a estos temas en la empresa.

Capítulo II

DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS POR LAS EMPRESAS Y SU DERECHO A LA REPARACIÓN

Artículo 21. Las víctimas

- 21.1. Las víctimas serán tratadas siempre con respeto por su dignidad. Para los efectos de la presente ley se entenderá como víctima de una violación de los derechos humanos a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación civil penal vigente, incluida la que proscribe el abuso de poder.
- 21.2 En la expresión víctima se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir o evitar la victimización.
- 21.3 La definición de víctima de la presente Ley será aplicable a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Artículo 22. El derecho de las víctimas a la justicia

- 22.1. Las víctimas tendrán derecho a acceder a los mecanismos de la justicia y a una reparación integral y oportuna del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.
- 22.2. De ser necesario se implementarán o reforzarán los mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener repa-

ración mediante procedimientos oficiales que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles, informándose oportunamente a las víctimas de sus derechos para obtener una justa reparación.

- 22.3. Las reparaciones de naturaleza indemnizatoria se tramitarán en la vía de proceso sumarísimo, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 546 del Código Procesal Civil, con excepción de las reparaciones por violaciones a derechos humanos laborales que se tramitan conforme a las normas pertinentes.

Artículo 23. El derecho de las víctimas a la información

Las víctimas y los titulares de derechos tienen derecho a información clara, completa y pertinente para dar pleno efecto a su derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones relacionados con las actividades empresariales que pueden repercutir en los derechos humanos, y a mecanismos para garantizar este derecho. El reglamento de la presente Ley precisa el alcance de este derecho.

Artículo 24. El derecho de las víctimas a la reparación por afectaciones a sus derechos humanos o al medio ambiente

- 24.1. Las víctimas de violaciones a sus derechos humanos por parte de las empresas tienen derecho a un acceso justo, adecuado, efectivo, rápido, no discriminatorio y que tenga en cuenta el género, a la justicia y a un recurso adecuado, rápido y efectivo, de conformidad con lo señalado en las normas internacionales de derechos humanos. Dichos recursos deben incluir, por lo menos, la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de no repetición, la posibilidad de dictar órdenes judiciales, la reparación ambiental y la restauración ecológica, e incluir entre otras cosas, la cobertura de los gastos de reubicación y/o rehabilitación de las víctimas, la reposición de sus prerrogativas sociales, laborales y/o comunitarias, la asistencia de emergencia integral y la vigilancia de su salud integral a largo plazo.
- 24.2. Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que resulten aplicables, la responsabilidad por la afectación de derechos humanos o al medio ambiente genera la obligación de reparación integral que, según el caso, pueden incluir compensaciones económicas o no económicas, medidas de rehabilitación y remediación del ambiente, la calidad ambiental y la salud ambiental de ser el caso, pedidos de disculpas,



medidas de prevención de nuevos daños como requerimientos o garantías de no repetición, entre otros.

Artículo 25. Cooperación y coordinación internacional

- 25.1. En el caso de empresas que no domicilien en el territorio nacional o de empresas filiales con sede en el extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de sus representaciones diplomáticas, comunica al Gobierno del país en el que se ubica la sede de la empresa la responsabilidad que compete a esta por afectaciones a los derechos humanos y al medio ambiente determinada por las autoridades peruanas, y establece las medidas de coordinación que fueran requeridas a efectos de que dicha empresa asuma las responsabilidades previstas en la legislación del país correspondiente y/o que las víctimas de tales violaciones obtengan justicia en el país donde domicilie la empresa responsable de dichas violaciones.
- 25.2 El Estado peruano establecerá convenios de cooperación para asegurar acceso a la justicia de las víctimas en los Estados de origen de las inversiones y actividades empresariales que hayan derivado en violaciones a sus derechos humanos o afectaciones al medio ambiente.

Capítulo II

DE LAS ACCIONES EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

Artículo 26. Creación del Registro de Empresas Infractoras a los derechos humanos y al medio ambiente

- 26.1. Créase el Registro de Empresas Infractoras a los Derechos Humanos y al Medio Ambiente, a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que registra a las empresas cuya responsabilidad en afectaciones de derechos humanos y/o al medio ambiente haya sido determinada a través de una decisión que da por finalizada la instancia administrativa respectiva, o, en caso se haya recurrido esta, a una decisión firme en instancia judicial.
- 26.2. Bajo responsabilidad del funcionario competente, los órganos administrativos y judiciales están obligados a comunicar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de expedida la decisión que determina la responsabilidad correspondiente, el nombre o razón social de las empresas infractoras, el o los derechos humanos afectados o la afectación

al medio ambiente producida, así como otra información determinada por el Reglamento.

- 26.3. Las empresas infractoras serán retiradas del Registro cuando acrediten ante la instancia respectiva del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos haber cumplido con reparar oportuna y completamente las afectaciones producidas en los términos en los que las autoridades judiciales o administrativas lo hayan establecido.
- 26.4. El Registro de Empresas Infractoras a los Derechos Humanos y el Medio Ambiente se actualiza mensualmente y es de acceso público desde la pagina web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Artículo 27. Inhabilitación en materia de contratación estatales

- 27.1. Las empresas inscritas en el Registro de Empresas Infractoras a los Derechos Humanos y al Medio Ambiente están impedidas de contratar con el Estado en tanto se mantenga vigente la inscripción en el mencionado Registro.
- 27.2. En caso una empresa sea inscrita por segunda vez en el Registro de Empresas Infractoras a los Derechos Humanos y al Medio Ambiente quedará inhabilitada de manera definitiva para contratar con el Estado.
- 27.3. La inhabilitación temporal o permanente de una empresa a la que refiere este artículo opera por el solo hecho de encontrarse inscrita en el Registro de Empresas Infractoras a los Derechos Humanos y al Medio Ambiente sin ser necesario un pronunciamiento del Tribunal de Contratación del Estado o de cualquier otra Autoridad Administrativa. Es obligación del Registro Nacional de Proveedores verificar la situación de las empresas en el Registro de Empresas Infractoras a los Derechos Humanos y al Medio Ambiente a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- 27.4. La inhabilitación permanente de una empresa inscrita en el Registro de Empresas Infractoras a los Derechos Humanos y al Medio Ambiente genera la obligación de reembolsar las ayudas publicas, subvenciones, exenciones o exoneraciones de cualquier tipo recibidas por parte de dichas empresas. La forma, oportunidad y modo de dicho reembolso serán determinados por el reglamento.



Artículo 28. Compromiso de Ajuste de Conducta – CAC

- 28.1. Cuando se trate de amenazas de afectaciones o de afectaciones subsanables a los derechos humanos o el medio ambiente, la Autoridad Administrativa competente o el Ministerio Público podrán proponer la suscripción de un Compromiso de Ajuste de Conducta (CAC) que será suscrito por la empresa responsable. En el supuesto de que la suscripción de un CAC sea propuesta y concretada por una Autoridad Administrativa, esta lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público a fin de que realice el seguimiento respectivo.
- 28.2. El Compromiso de Ajuste de Conducta constituye título ejecutivo que suspende el inicio de la acción civil y penal y establece la responsabilidad de la empresa por las amenazas de afectaciones o por afectaciones a los derechos humanos o el medio ambiente producidas; las obligaciones de hacer, no hacer o de dar necesarias a fin de evitarlas o subsanarlas; y, de ser el caso, las reparaciones integrales a que haya lugar para todos los afectados, así como el plazo para hacerlas efectivas.
- 28.3. En caso de incumplimiento del Compromiso de Ajuste de Conducta, el Ministerio Público podrá requerir judicialmente la ejecución de los compromisos acordados y el inicio de las acciones penales que correspondan. Adicionalmente a ello, la empresa incumplidora será inscrita en el Registro de Empresas Infractoras a los derechos humanos y al medio ambiente.

Artículo 29. De la responsabilidad de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley

El Reglamento prevé las disposiciones pertinentes que permitan investigar las infracciones cometidas por los funcionarios públicos encargados de supervisar la actividad empresarial y que no adopten medidas para garantizar que las partes interesadas cuyos derechos humanos corren peligro a causa de las actividades empresariales tengan acceso a medidas de prevención eficaces para evitar daños inminentes o irreversibles.

Artículo 30. Protección de defensores de derechos humanos y el medio ambiente

La protección de los defensores de los derechos humanos para una prevención eficaz de los abusos y violaciones de los derechos humanos y el medio ambiente en el contexto de las actividades empresariales es un asunto de interés prioritario del Estado a todo nivel de gobierno. El Reglamento establecerá las medidas dirigidas a proteger la efectividad del ejercicio de la acti-



vidad de las y los defensores de derechos humanos en el contexto de dichas actividades.

Capítulo III

ROL DE LOS GOBIERNOS SUBNACIONALES

Artículo 31. Descentralización de las acciones relativas a los derechos humanos y las empresas

- 31.1. Los Planes de Desarrollo Regional y Local incluyen, conforme a las competencias de los respectivos niveles de gobierno, objetivos, metas o acciones relacionadas con la mejora de los servicios orientados a la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, en especial, los canales de atención de denuncias, atención de víctimas y reparación de las violaciones a los derechos humanos o afectaciones a medio ambiente por parte de las empresas que así haya sido dispuesta.
- 31.2. El Reglamento establece las disposiciones que prevén la participación de los gobiernos regionales y locales, con el objeto de garantizar la adecuada descentralización del sistema de protección de derechos humanos y del medio ambiente en el marco de las actividades empresariales.

Capítulo IV

DEL ÓRGANO ENCARGADO DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

Artículo 32. Garantías para el cumplimiento de la Ley

De acuerdo con las funciones que le han sido asignadas por la Ley N° 28909, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es el órgano encargado de garantizar el cumplimiento de la presente Ley y las disposiciones reglamentarias.

DISPOSICIONES FINALES COMPLEMENTARIAS Y TRANSITORIAS

PRIMERA.- Vigencia del Plan Nacional de Acción (PNA) sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025

Las menciones al Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos en la presente Ley se entienden referidas al “Plan Nacional de Acción



(PNA) sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025”, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2021-JUS el cual deberá ser cumplido por todas las entidades públicas hasta su culminación y evaluación respectiva, sin perjuicio de la elaboración de la respectiva Política Nacional.

SEGUNDA.- Uniformización de criterios para la sanción administrativa de afectaciones a los derechos humanos o al medio ambiente

Dentro de un plazo no mayor a ciento veinte (120) días contados a partir de la publicación de la presente ley, el Poder Ejecutivo, a iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y con participación de los sectores competentes, revisa y homogeniza los procedimientos sancionadores y las sanciones previstas en materia de afectaciones a los derechos humanos y al medio ambiente en vigor a fin de que estas aseguren las garantías de defensa y debido procedimiento para los imputados y prevean sanciones oportunas y disuasivas, prevean medidas de preparación adecuadas e impongan sanciones acordes con la gravedad de las afectaciones constatadas.

TERCERA.- Reglamentación de la Ley

El Poder Ejecutivo, en un plazo no mayor a noventa (90) días contados a partir de la promulgación de la presente Ley, mediante decreto supremo, aprueba su reglamento, en consulta previa con gremios empresariales, organizaciones de trabajadores y representantes de la sociedad civil y pueblos indígenas u originarios

DISPOSICIÓN FINAL MODIFICATORIA ÚNICA

Modifícase el artículo 2 de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, que queda redactada de la siguiente manera:

“Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo

Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

- a) El nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de ser-



vicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.

- b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio, con excepción de las que resulten de afectaciones a derechos humanos laborales que se ventilan en el proceso abreviado laboral.
- c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.
- d) El cese de los actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de acoso moral y hostigamiento sexual, conforme a la ley de la materia.
- e) Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo.
- f) La impugnación de los reglamentos internos de trabajo.
- g) Los conflictos vinculados a una organización sindical y entre organizaciones sindicales, incluida su disolución.
- h) El cumplimiento de obligaciones generadas o contraídas con ocasión de la prestación personal de servicios exigibles a institutos, fondos, cajas u otros.
- i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios, exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.
- j) El Sistema Privado de Pensiones.
- k) La nulidad de cosa juzgada fraudulenta laboral; y
- l) aquellas materias que, a criterio del juez, en función de su especial naturaleza, deban ser ventiladas en el proceso ordinario laboral.

Conoce las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).

2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única.
3. En proceso abreviado laboral, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical.
4. En proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo.
5. Los procesos con título ejecutivo cuando la cuantía supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP)".





11.11.11
VECHT MEE TEGEN ONRECHT

 **OXFAM**

Brot
für die Welt