

El Acuerdo de Escazú y su vínculo con los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos a través de la debida diligencia

Miguel Barboza López, Danielle Anne Pamplona y Denisse Cufre





I. INTRODUCCIÓN

Los países latinoamericanos se han enfrentado históricamente a la explotación de sus recursos naturales y humanos. A pesar de los compromisos internacionales adquiridos por los Estados de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y medioambientales, estos siguen siendo puestos en amenaza por los Estados y agentes no estatales, entre ellos las empresas.

Varios elementos concurren para autorizar y fomentar este escenario, y se encuentran en las relaciones de poder entre los Estados y entre éstos y los actores no estatales, en el estrechamiento de los espacios de regulación, en el uso del concepto de desarrollo en las estructuras corporativas, cooptación de la justicia por el poder empresarial (corrupción), entre otros.

La búsqueda del desarrollo económico – ahora aún más con la denominada transición energética “justa”- ha sido la justificación para llevar a cabo proyectos económicos de explotación de bienes naturales comunes – sin ser exclusivos- con una ausencia de medidas para prevenir o incluso mitigar los impactos negativos sobre la naturaleza y en consecuencia a los seres humanos. Con el fin de garantizar el desarrollo económico, los Estados -por iniciativa propia o por iniciativa de empresas públicas o privadas- omiten adoptar medidas esenciales para evitar que se produzcan impactos, así como medidas esenciales que los afronten. Son estas consecuencias las que realmente siente la población latinoamericana. La falta de prevención para evitar dañar la naturaleza conduce a la deforestación, la pérdida de biodiversidad, la contaminación de los ríos, los bosques y el aire.

Además, la falta de mecanismos para prevenir la materialización de riesgos lleva al desplazamiento forzado de las personas y a la vulneración de otros derechos, como la salud, la vivienda, entre otros. Esto ha motivado a que las personas levanten su voz de protesta en pro de la lucha por el resguardo de sus derechos y territorios donde viven en medio de situaciones de alto riesgo para su vida e integridad, que hoy se traducen en su criminalización. Latinoamérica es la región más peligrosa del mundo para las personas defensoras de los derechos humanos y del medio ambiente llegando a representar el 42 % de los casos a nivel mundial¹. En 2021, hubo 157 asesinatos de defensores del medio ambiente en la región, de un total de 200 en todo el mundo. Colombia,

¹ Cfr. Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos. Guardianas y guardianes en riesgo. Enfrentando el abuso en las empresas en América Latina y el Caribe. Septiembre de 2023. Disponible en: https://media.business-humanrights.org/media/documents/2023_Latin_America_HRDs_ES_nYpsNcp.pdf

México y Brasil lideran esta tabla, concentrando 113 muertes. Los sectores que más se involucran con estos casos de violencia son la minería, extractivistas y el agro².

La lucha de estos defensores puede verse impactada por la falta de acceso a información necesaria para que ejerzan sus reclamos con fundamento técnico y que en consecuencia impide que puedan participar de manera efectiva en los procesos de toma de decisiones. Las limitaciones en acceder información que permita una participación justa a su vez hacen crítico el acceso a la justicia ambiental, pues estas dos primeras son garantías necesarias para un debido proceso.

Es en este contexto de violencia contra quienes buscan información y participación para hacer realidad la garantía de los derechos humanos y ambientales que se elaboró el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en Materia Ambiental en América Latina y el Caribe (en adelante “Acuerdo de Escazú”). El texto es pionero en Latinoamérica en compilar en un tratado internacional estándares ya existentes para el acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental, previendo mecanismos de protección específicos para las personas defensoras de derechos humanos y del medio ambiente. Muy similar a su homóloga europea, el Convenio de Aarhus³.

El Acuerdo de Escazú es un texto también importante para la protección de los pueblos indígenas y otras poblaciones en situación de vulnerabilidad, que sufren en forma desproporcionada los efectos del cambio climático debido a la inequidad subyacente al cambio climático⁴. Los pueblos indígenas son los guardianes y guardianas del territorio, de la tierra y de los bienes naturales comunes y es claro que sus luchas preservan el medio ambiente no sólo donde ellos viven, sino donde viven todas y todos nosotros y las generaciones futuras que están por venir.

Por otro lado, existe una estrecha relación entre las actividades económicas y el contenido del Acuerdo de Escazú. Sean o no controladas por el Estado, las actividades económicas son las poseedoras de las diversas informaciones necesarias para que las personas puedan discutir con seguridad y facilidad sus derechos. Y es de estas actividades de donde proviene la resistencia a entregar esta información. Los Estados, por su parte, deben actuar de acuerdo con

² Global Witness, <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/numbers-lethal-attacks-against-defenders-2012/>

³ Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Hecho en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998.

⁴ CEPAL. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. 2022, pág. 50. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a6049491-a9ee-4c53-ae7c-a8a17ca9504e/content>

sus obligaciones de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos. Para cumplir estas obligaciones, deben adoptar todas las medidas necesarias -legislativas, administrativas o de otro tipo- no interfiriendo y/o adoptando medidas para facilitar el disfrute de los derechos y protegiendo los derechos que ejercen otras personas.

El Acuerdo no actúa solo en la región, al contrario, hay otras iniciativas relevantes que pueden dialogar con él. Este texto tiene como propósito presentar el importante nexo que tiene el Acuerdo de Escazú con los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante “Principios Rectores”). Como se indica en seguida, estos Principios son un marco normativo relevante para tratar el tema de las relaciones entre las actividades económicas y los derechos humanos, estableciendo las obligaciones de los Estados de proteger los derechos y las responsabilidades de las empresas por respetarlas, además de indicar cuáles son y cómo deben estar organizados los mecanismos de reparación en caso de materializarse alguna violación. La atención especial de este texto estará en las conexiones de las obligaciones previstas en el Acuerdo de Escazú con el instrumento promovido por los Principios Rectores denominado “debida diligencia en derechos humanos”, que es una herramienta para que las empresas identifiquen y prioricen los mayores riesgos que sus actividades suponen para los derechos humanos, de modo que puedan elaborar planes para prevenir, mitigar y remediar los daños⁵.

II. Marcos normativos internacionales, el sistema interamericano de protección de derechos humanos y sus vínculos con el Acuerdo de Escazú.

A nivel internacional, cada vez con un énfasis mayor, se resalta la importancia de regular la protección del medio ambiente y las personas frente al cambio climático y el actuar empresarial que puede coadyuvar a estas situaciones de riesgo.

El primer antecedente relacionado a lo que hoy en día conocemos como el Acuerdo de Escazú es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prevé disposiciones relacionadas al acceso a la información y participación⁶. Sin embargo, en materia ambiental se mencionó por primera vez el derecho a la participación ciudadana en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982⁷, que

⁵ Por su relevancia, también será evaluado el texto de La Guía de la OCDE sobre Debida Diligencia.

⁶ ONU, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 19 (derecho a la información) y artículo 25 (derecho a la participación), adoptado el 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

⁷ ONU. Resolución 37/7 (Carta Mundial de la Naturaleza), adoptada el 28 de octubre de 1982, párrs. 16 y 23. https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Ultima-Tanda/Medio%20Ambiente/7.%20

años después fue abordado en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del año 1992 de una manera procedimental muy parecida al Acuerdo de Escazú en relación con la obligación internacional sobre el acceso a la información ambiental y a la participación ciudadana en esta materia⁸.

En el año 2011, se establecieron algunos instrumentos internacionales que especificaron el vínculo que pueden tener las empresas en relación con los impactos generados a los seres humanos, incluyendo entre estos sus medios de vida como es el medio ambiente y la contribución al cambio climático. De esta forma nacen los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que se organizan en tres pilares esenciales: a. protección: enfocada a las obligaciones estatales de brindar garantías a las personas que se encuentran en su jurisdicción frente al actuar corporativo; b) respeto: dirigida a las empresas a efecto que ejerzan una debida diligencia en su actuar para evitar que sus actividades generen violaciones a los derechos humanos y al ambiente; y c) reparación, obligación dirigida tanto a los estados como a las empresas a efecto de contribuir a brindarles una reparación efectiva a las víctimas de violaciones a los derechos humanos cometidas por las empresas.

En 2011 también se adoptó una versión actualizada de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales, las cuales son recomendaciones que los gobiernos han acordado sobre una amplia gama de temas, como los derechos humanos, los derechos laborales, el ambiente y la corrupción. La revisión de 2011, por influencia de la adopción de los Principios Rectores, incluyó un nuevo capítulo sobre derechos humanos y reforzó los procedimientos de tramitación de denuncias. En relación con el Acuerdo de Escazú se hace mención del Acuerdo de Aarhus – el homólogo de Escazú en Europa en donde se precisa que se consideran sus principios y objetivos en materia medio ambiental (acceso a la información, participación del público y acceso a la justicia)⁹. En cuanto al acceso a la información, incentiva a que las empresas hagan más accesible la información y usen las tecnologías de información para lograr ese objetivo¹⁰ mismo principio que lo recalca como un principio fundamental de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC)¹¹. Las empresas también están llamadas a facilitar posibilidades reales para que las partes interesadas participen en la toma de decisiones relacionados a los proyectos a desarrollarse¹².

[CartaMundialde laNaturaleza.pdf](#)

⁸ ONU, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, adoptada el 3-14 de junio de 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Principio 10. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

⁹ Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales. Revisión 2011, párr. 60. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

¹⁰ Op. Cit., párr. 35

¹¹ Op. Cit., pág. 86

¹² Op. Cit., pág. 23

En el año 2012, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) se adoptó un documento titulado “El futuro que queremos”. En el mismo se vuelve a retomar el tema de la importancia del acceso a la información y a la justicia en materia de sostenibilidad¹³. A partir de esta Conferencia es que comienza a gestarse la importancia de avanzar con la elaboración de un instrumento regional para promover el derecho de acceso en materia ambiental¹⁴, hoy materializada en el Acuerdo de Escazú.

Este desarrollo internacional a nivel de Naciones Unidas ha venido acompañando de diversos instrumentos específicos por sector económico que buscan diversificar el estudio del impacto al medio ambiente y la contribución al cambio climático que las empresas pueden generar¹⁵. A esto se suma que recientemente la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, como un derecho autónomo, el cual va de la mano con una serie de garantías como el acceso a la información y la participación, dos aspectos importantes del Acuerdo de Escazú. En dicha resolución también se menciona la importancia de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁶.

En la actualidad se viene discutiendo un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. El último borrador habla de la importancia de la protección ambiental, y las obligaciones de las empresas y los estados en los tres pilares que aborda el Acuerdo de Escazú. De la misma forma se establece una clara obligación para proteger a las personas defensoras de derechos humanos y del ambiente, y el ambiente¹⁷. Este avance va en consonancia con la reciente actualización de las Líneas Directrices de la OCDE en 2023, en donde se precisaron las obligaciones de protección frente a las personas defensoras y al medio ambiente¹⁸, y se puntualiza con más claridad las responsabilidades empresariales a brindar información, ahora con un énfasis más específico

¹³ ONU, El futuro que queremos. Documento final adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), 20-22 junio de 2012. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/764Future-We-Want-SPANISH-for-Web.pdf>.

¹⁴ ONU, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Chile, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, A/CONF.216/13, 25 de julio de 2012. https://accessinitiative.org/sites/default/files/declaracion_principio_10_espanol.pdf.

¹⁵ Existen en la actualidad instrumentos específicos en materia agrícola, textil, minería, hidrocarburos, electricidad, entre otros.

¹⁶ Cfr. ONU. Asamblea General. El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Res. A/76/L.75. 26 de julio de 2022.

¹⁷ Cfr. ONU. Updated draft legally binding instrument (clean version) to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. July 2023. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf>

¹⁸ Cfr. OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct. 2023. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/81f92357-en.pdf?expires=1694906338&id=id&accname=guest&checksum=EF1127C22B23629C06569AD522F1146E>

para los intereses de las personas consumidoras¹⁹ y en temas vinculados a impuestos²⁰, lo mismo que la participación ciudadana en temas ambientales aunque no con tanta especificidad²¹.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH”), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) en su artículo 26, aborda el derecho al desarrollo progresivo de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Derecho que exige que los Estados puedan avanzar en su protección sin pausa y ejecutando el máximo de sus recursos para lograr sus objetivos. Uno de estos DESCAs es la protección al medio ambiente. Este derecho está reconocido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual no puede ser justiciable directamente por propia instrucción de su artículo 19.6 que establece que únicamente puede ser observados en sede interamericana los derechos sindicales y el derecho a la salud²².

El derecho al medio ambiente, mediante una interpretación evolutiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) ha sido justiciable directamente a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³ y reconocido como un derecho autónomo²⁴. Con anterioridad a dicha jurisprudencia recaída en el caso Lhaka Honhat contra Argentina, el tribunal interamericano conoció la importancia de este derecho a través de la protección del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Es decir, la relación intrínseca entre los seres humanos y su

¹⁹ Op. Cit., pág. 43

²⁰ Op. Cit., pág. 51

²¹ Op.Cit., pág. 35

²² Cfr. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1969. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>

²³ Cfr, “La Comisión y su Relatoría de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) recuerdan que el artículo 30 de Carta de la OEA establece el compromiso de los Estados miembros de alcanzar la justicia social y el desarrollo integral como condición indispensable para la paz y la seguridad; asimismo, el artículo 31 del mismo instrumento establece que “el desarrollo integral es responsabilidad común y solidaria de los Estados miembros en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano”. De manera más específica, el artículo 26 de la Convención Americana establece una obligación de cooperación entre los Estados para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que como se indicó anteriormente está incluido el derecho a un medio ambiente sano”. Ver: CIDH. Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales. 1 de noviembre de 2019, párr. 244.

²⁴ Cfr. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, párrs. 59, 62 y 64; Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 420, párr. 203

territorio versus el actuar corporativo no es una narrativa actual, no obstante, el reconocimiento del derecho al medio ambiente, como derecho propio ha ido tomando cada vez mayor protagonismo. Esto debido a las graves situaciones de riesgo que se presentan actualmente con la emergencia climática y que ha llevado a que se preste mayor atención a la explotación de minerales de transición, como el litio, el cobre, y los minerales denominados “tierras raras”, en lugar de la explotación de combustibles fósiles²⁵.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), a través de su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante “REDESCA”) ha precisado cómo debe ejecutarse este derecho autónomo al medio ambiente en donde es importante contar con un marco normativo a nivel interno que establezca salvaguardas adecuadas, incluyendo los tres ejes regulados en el Acuerdo de Escazú, destacándose la debida diligencia:

(...) los Estados, al ejercer sus funciones regulatorias, fiscalizadoras y judiciales (...) en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica, poniendo especial atención a su estrecha relación con los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y poblaciones rurales o campesinas. Eso incluye el aseguramiento y respeto, como mínimo, de todas las leyes ambientales vigentes y estándares o principios internacionales sobre la materia, poner en marcha procesos de debida diligencia respecto del impacto ambiental en los derechos humanos y el clima, garantizar el acceso a la información ambiental, los procesos participativos y la rendición de cuentas, así como la reparación efectiva a las víctimas por la degradación ambiental. No sólo se debe prestar atención a la dimensión individual del derecho a un medio ambiente sano, también se requiere dotar de efectividad a su componente colectivo, en tanto interés de alcance universal e intergeneracional; asimismo se debe dar la debida protección a las características propias del medio ambiente como bienes jurídicos en sí mismos, independientemente de la conexidad con su utilidad para los seres humanos.

A esto se suma, el adoptar medidas preventivas por parte de los Estados para evitar actuaciones que impacten el cambio climático y la degradación ambiental. No sólo frente a acciones estatales, sino también aquellas cometidas por

²⁵ Cfr. Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos. Informe “Bajo tierra: Derechos humanos y cadenas de valor de las energías renovables en los Andes. 2023. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/de-nosotros/informes/bajo-tierra-derechos-humanos-y-cadenas-de-valor-de-las-energ%C3%ADas-renovables-en-los-andes/>

las empresas²⁶ a través de un adecuado proceso de debida diligencia²⁷. La responsabilidad de los Estados puede ser generada por cualquier omisión a estas actuaciones, que se pueden materializar en una denegación al acceso a la justicia, por ejemplo, para poder demandar una falta ambiental que puede desencadenar graves afectaciones a las comunidades tanto en su esfera individual como colectiva²⁸.

La Corte IDH señala algunas acciones, sin ser excluyentes o únicas, que podrían realizar los Estados para ejercer un adecuado control frente a sus actividades y a las de terceros, como las empresas, en pro de resguardar impactos relacionados al medio ambiente como “i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental.”²⁹. Esta lista denota acciones que están alineadas con el Acuerdo de Escazú. Por ejemplo, el acceso a la información necesita que exista una ley o política a ejecutarse para garantizar este derecho; la participación es una acción que debe asegurarse previamente a la aprobación de estudios de impactos ambientales incluyendo planes de contingencia; y el acceso a la justicia no sólo abarca el contar con leyes o procesos adecuados de fiscalización y mitigación de donde se derive la información, sino en el mitigar los impactos ambientales, orden que puede desprenderse de una sentencia judicial.

El SIDH ha tenido un gran avance en esta materia. No sólo lo observamos a través de tratados, opiniones consultivas e informes señalados, sino en resoluciones de la CIDH como una última titulada “Emergencia climática y derechos humanos” en donde se exhorta a las empresas a emplear un proceso de debida diligencia para prevenir estos impactos³⁰.

A nivel contencioso también existen antecedentes importantes previos a Escazú que vale la pena mencionar brevemente. En cuanto al acceso a la información se encuentran como antecedentes generales “aún sin vínculo ambiental” en dos sentencias de la Corte IDH, el caso Herrera Ulloa contra Costa Rica³¹

²⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 175; Caso Lhaka Honhat vs. Argentina, op. cit, párr. 207; CIDH. Informe de fondo Comunidad de La Oroya, Perú, párr. 133

²⁷ Opinión Consultiva OC-23/17, op. cit., párr. 142

²⁸ Cfr. CIDH. Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales. 1 de noviembre de 2019, párr. 242; CIDH, Informe No. 330/20 Caso 12.718. Informe de fondo Comunidad de La Oroya, Perú, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 348, 19 noviembre 2020, párr. 132.

²⁹ Corte IDH. Caso Lhaka Honhat contra Argentina, op.cit., párr. 208.

³⁰ CIDH. Emergencia Climática. Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos. Resolución 3/2021. REDESCA, párr. 46. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/resolucion_3-21_spa.pdf

³¹ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107, párrs. 108-129.

y López Álvarez contra Honduras³². En el caso Herrera Ulloa se reconoce que la libertad de información es integrante del derecho a la libertad de expresión, el cual a su vez implica el recibir información y conocer el pensamiento de las demás personas. En esa línea, el caso López Álvarez resaltó el derecho de las personas a expresarse a través de sus idiomas originarios y a no restringir el acceso a la información sino es por motivos de interés público imperativo. En materia de acceso a la información ambiental, contamos con el caso Claude Reyes contra Chile³³ en donde se puntualiza que la información sobre potenciales impactos ambientales es de interés público siendo esencial la participación de la ciudadana, teniendo una íntima relación con el acceso a la justicia por estos impactos.

Por esta razón, a nivel interamericano estamos esperando con mucha expectativa las sentencias que se emitirán en los casos La Oroya contra Perú³⁴ y la Nación U'wa contra Colombia³⁵, casos en donde se puede observar impactos ambientales directos; asimismo, la sentencia que se pronunciará sobre la opinión consultiva referente a la emergencia climática solicitada por los Estados de Colombia y Chile³⁶. Esta última solicitud de opinión consultiva guarda íntima relación con la solicitud sobre el “derecho al cuidado” también solicitada al máximo tribunal interamericano por la República de Argentina³⁷. Sin dejar de mencionar la solicitud de opinión consultiva que realiza la Asamblea General de la ONU a la Corte Internacional de Justicia sobre emergencia climática que está próxima a emitirse³⁸.

³² Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 141, párrs. 163-166

³³ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 151, párrs. 73-92 (sobre libertad de información), párrs. 124-139

³⁴ CIDH. Informe de Fondo No. 330/20. Caso 12.718. Comunidad de La Oroya vs Perú. Res. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 348. 19 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2021/pe_12.718_es.pdf

³⁵ CIDH. Informe de Fondo No. 146/19. Caso 11.754. Resl. OEA/Ser.L/V/II.173. 28 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2020/CO_11.754_ES.PDF

³⁶ República de Colombia y República de Chile. Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 09 de enero de 2023. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_es.pdf

³⁷ República de Argentina. Solicitud de Opinión Consultiva sobre el contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos. 20 de enero de 2023. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_2_2023_es.pdf

³⁸ International Court of Justice. The General Assembly of the United Nations requests an advisory opinion from the Court on the obligations of States in respect of climate change. 19 April 2023. Press Release. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20230419-PRE-01-00-EN.pdf>

III. El vínculo del Acuerdo de Escazú y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos

Los derechos de acceso presentados en los ejes del Acuerdo de Escazú contienen obligaciones estatales vinculadas al Pilar I y III de los Principios Rectores que pueden verse nutridas con el actuar de los demás actores involucrados en asegurar su finalidad, como son las empresas, alcanzadas por el Pilar II y la responsabilidad de llevar adelante una debida diligencia en derechos humanos. Por lo tanto, el Acuerdo de Escazú y los Principios Rectores se complementan y refuerzan mutuamente, y ofrecen una oportunidad para avanzar hacia una gestión ambiental más sostenible y respetuosa de los derechos humanos en la región.

A continuación, brindaremos una mirada alineada a los Principios Rectores para fortalecer la implementación de los derechos de acceso y brindaremos recomendaciones al sector privado.

a) acceso a la información

El Acuerdo de Escazú entra a reforzar una obligación que es el “acceso a la información” que anteriormente ya había sido reconocida por la Corte IDH en el caso Claude Reyes contra Chile³⁹, la cual se ha ido consolidando en diversas sentencias y resoluciones dentro del SIDH propiamente en temas medioambientales e indígenas⁴⁰ y a nivel de Naciones Unidas⁴¹. Aspecto que es relevante por la ambivalencia y desproporción de información que pueden manejar las empresas versus la población afectada, y la violencia que se puede desprender en el ejercicio de este derecho.

³⁹ Corte IDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Reparaciones, Serie C, No. 151, párrs. 88-92.

⁴⁰ Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de 06 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 420, párr. 174; Caso Girón y otro vs. Guatemala, Sentencia de 15 de octubre de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 390, párr. 120; Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 349, párrs. 160, 170 y 237; Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 309, párr. 262; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 245, párr. 209 y 230; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 172, párr. 133; Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, cit., párrs. 58, 58-c, 73, 77, 95, 137 y 163; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 101, párr. 180; entre otros. Así como Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, sobre medio ambiente y derechos humanos, solicitada por la República de Colombia, párrs. 217, 220, 223 y 225.

⁴¹ ONU. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; Convenio sobre la Diversidad Biológica; Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África; la Convención sobre Seguridad Nuclear; y el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional

El derecho de acceso a la información⁴² en materia ambiental tiene un eje de doble vía. Por un lado, se obtiene información por parte de las entidades estatales derivadas de los procesos que ha realizado hacia determinadas actividades empresariales⁴³; y, por otro lado, la información obtenida directamente por parte de las empresas provista a través de informes empresariales a requerimiento o la que esté disponible públicamente. Así, el acceso a la información no depende sólo de la voluntad estatal, sino de las empresas que tiene la información - muchas veces - más directa sobre potenciales impactos ambientales. Aspecto que es relevante por la ambivalencia y desproporción de información que pueden manejar las empresas versus la población afectada, y la violencia que se puede desprender por la ejecución del ejercicio de este derecho.

Existe una larga lista de actores señalados como autoridades competentes que están obligados a facilitar la información solicitada, en medios adecuados a la comprensión del solicitante (art. 2). El Acuerdo, en este punto, se dirige también a las organizaciones privadas, en la medida que reciban fondos públicos o desempeñen funciones y servicios públicos. Como indican los Principios Rectores, la obligación en estos casos se extiende a este tipo de corporación, aunque no sean públicas. Además de la obligación de facilitar la información solicitada, existe la obligación de generar y divulgar información ambiental (art.6.3 y 6.4). Se trata de información que, en muchos casos, no está al alcance de la sociedad y que resulta esencial para que las comunidades puedan expresarse sobre los impactos negativos de las actividades económicas y ayudar a construir planes de prevención y mitigación de daños, que las empresas pueden llevar como parte de su proceso de debida diligencia de acuerdo con los Principios Rectores 16 a 22.

⁴² El Acuerdo de Escazú entra a reforzar una obligación que es el “acceso a la información” que anteriormente ya había sido reconocida por la Corte IDH. Cfr. Corte IDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Reparaciones, Serie C, No. 151, párrs. 88-92. Esta obligación se ha ido consolidando en diversas sentencias y resoluciones dentro del SIDH propiamente en temas medioambientales e indígenas. Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Sentencia de 06 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 420, párr. 174; Caso Girón y otro vs. Guatemala, Sentencia de 15 de octubre de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 390, párr. 120; Caso Pobleto Vilches y otros vs. Chile, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 349, párrs. 160, 170 y 237; Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 309, párr. 262; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 245, párr. 209 y 230; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 172, párr. 133; Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, cit., párrs. 58, 58-c, 73, 77, 95, 137 y 163; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 101, párr. 180; entre otros. Así como Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, sobre medio ambiente y derechos humanos, solicitada por la República de Colombia, párrs. 217, 220, 223 y 225.

⁴³ Cfr. La Corte Suprema de Chile (2019) precisó que el Ministerio de Medio Ambiente incumplió su obligación de generar y recopilar información técnica y científica para la prevención de riesgos ambientales pudiendo haberse evitado impactos a comunidades. Ver. Corte Suprema de Chile, Sentencia Rol 5888-2019.

Además, el deber alcanza al nexo entre el Estado y las empresas bajo cualquiera de los regímenes jurídicos existentes (art. 6.9). También existe aquí una estrecha relación con los Principios Rectores, en la medida en que se trata de regular el desarrollo de las actividades económicas en favor de un mayor respeto de los derechos humanos y más específicamente, en la medida que los Principios Rectores establecen que los Estados mantienen su obligación de proteger los derechos humanos incluso cuando contratan con empresas privadas la prestación de servicios públicos (Principio Rector 5). Es precisamente al contratar con estas empresas cuando los Estados tienen potestad para exigir a los proveedores de servicios públicos que presenten información medioambiental cuando se les solicite.

b) Participación pública para toma de decisiones ambientales

El Acuerdo de Escazú establece el derecho de participación del público en forma abierta e inclusiva en las tomas de decisiones ambientales, y la obligación de implementar medidas que garanticen este derecho. Esta obligación tiene un alcance amplio en cuanto a los procesos de toma de decisiones sobre proyectos y/o actividades económicas que puedan tener un impacto significativo en el ambiente, la salud y otros asuntos ambientales de interés público.

Para que la participación sea abierta e inclusiva⁴⁴, debe asegurarse que se garantice en todas las etapas del proyecto y que las observaciones sean tomadas en consideración. La relación intrínseca entre los derechos de acceso determina que una participación informada requiere proporcionar a las partes interesadas información clara y comprensible, a través de medios apropiados, y en un plazo razonable para que el público sea informado y brinde observaciones sustanciales. En esta línea, el Acuerdo de Escazú y los Principios Rectores coinciden en que una participación inclusiva debe considerar las características de las partes interesadas. Estas pueden ser económicas, sociales, culturales, geográficas, en donde las autoridades deberán identificar y apoyar a grupos en situación de vulnerabilidad de forma que sean involucrados activamente y se eliminen barreras de acceso a la participación⁴⁵.

En particular, el Acuerdo obliga que se realicen esfuerzos para identificar y apoyar a personas o grupos en situación de vulnerabilidad para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación (Art. 7.14). Una vez más, esta disposición está en consonancia con los Principios Rectores, especialmente cuando indican que las empresas, al adoptar

⁴⁴ Cfr. La Corte Constitucional de Ecuador en su Sentencia 22-18 -IN/13 precisó que la consulta ambiental o la participación en este proceso para que “llegue a ser inclusiva esta deberá adecuarse a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género de los sujetos consultados”.

⁴⁵ Acuerdo de Escazú, op.cit., artículo 7.14; Cfr. ONU. Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, op.cit., pág. 20

procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos, deben ser conscientes de los impactos desproporcionados que pueden sufrir los grupos altamente marginados⁴⁶.

c) Acceso a la justicia

Existe una conexión innegable entre la protección del acceso a la justicia en el Acuerdo y la responsabilidad de las empresas de abordar los impactos que causan y cooperar para garantizar que se lleva a cabo la reparación. El Acuerdo de Escazú detalla esta responsabilidad, que ya estaba prevista en los Principios Rectores, proporcionando más detalles sobre cómo debe cumplirse. Se establece que los Estados deben garantizar este derecho de acuerdo con el debido proceso, tomando en cuenta los aspectos formales y materiales de las decisiones, en donde los procedimientos no sean obstruidos por temas económicos (costos) y se posibiliten medidas para la producción de pruebas, entre otras disposiciones. Estas disposiciones de acceso a la justicia no se refieren únicamente a la justicia lograda en instancias judiciales, sino también a los mecanismos de reparación promovidos por parte de las empresas, teniendo en cuenta un vector común que es la “satisfacción de la víctima” y dar la mejor respuesta posible a los afectados.

Desde una mirada de los Principios Rectores, el Estado tiene la obligación de exigir a las empresas el respeto a los derechos humanos, y este abordaje debe tener en cuenta dos tipos de medidas: cómo facilitan las empresas la obtención de reparaciones y cómo contribuyen a eliminar los obstáculos para obtener las reparaciones. Estas obligaciones no serían posibles si no se garantiza el adecuado acceso a la información en temas ambientales y la participación de las personas involucradas en los impactos relacionados a las empresas. Sumado a ello, la visión sobre garantías judiciales en materia ambiental que deben tener las empresas debe considerar las cuestiones de género, vulnerabilidad y/o marginación, reconociendo siempre que existen desafíos específicos a los que se enfrentan grupos como las personas defensoras de derechos humanos y el ambiente, los pueblos indígenas, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los trabajadores migrantes, las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas. Cabe destacar la labor de las personas defensoras como un eje transversal que promueve el Acuerdo, pero también el importante rol que le dan los Principios Rectores reconociendo que no se pueden poner obstáculos al desarrollo de sus actividades⁴⁷.

⁴⁶ Comentarios a los Principios Rectores para Empresas y Derechos Humanos, Pág. 20, https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

⁴⁷ Cfr. ONU. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, op.cit, comentario al principio rector 26.

El Acuerdo establece la carga dinámica de la prueba basado en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica⁴⁸ de forma tal que se armonicen asimetrías en cuanto a la capacidad de la producción de la prueba entre afectados y las empresas en cuanto a agentes contaminantes. Los Principios Rectores si bien no abordan el tema directamente si establecen que las empresas deben aportar información suficiente para explicar las medidas que están tomando para prevenir consecuencias negativas en su actuar, aspecto que se puede equipar a brindar pruebas en un proceso para demostrar que actuaron diligentemente (Principio Rector 20 y 21).

En la reparación los Estados tienen un rol de garante para asegurar que las víctimas obtengan una reparación integral. Y, por lo tanto, deberán mantener actualizados sus registros de cómo se está cumpliendo la reparación por parte de la empresa. Para ello, se necesita que, frente a un determinado caso judicial, los estados estén en la capacidad de monitorear su cumplimiento, incluyendo el solicitar información actualizada a la empresa sobre dichos aspectos. Por otro lado, un mecanismo de reclamación judicial o no “sólo puede cumplir su función si las personas a las que debe servir lo conocen, confían en él y son capaces de utilizarlo.”⁴⁹ En particular, en los mecanismos a nivel operacional, es decir, los que se encuentran dentro de las empresas, se incorporan como requisitos de efectividad que estén basados en la participación – especialmente a través de la consulta sobre su diseño y funcionamiento – y en diálogo como medio para resolver los agravios⁵⁰.

Por su parte, las empresas deben cooperar para poder remediar los impactos negativos que causan (Principio Rector 22). Esta cooperación debe incluir medidas tanto negativas como positivas. Las primeras son las que indican que las empresas tienen la responsabilidad de no actuar para impedir o crear obstáculos al ejercicio del acceso a la justicia. Las segundas se refieren a la responsabilidad de las empresas de actuar para eliminar los obstáculos que puedan existir (suministro puntual de datos de forma comprensible para distintas personas o facilitar la aportación de pruebas, por citar dos ejemplos).

⁴⁸ Cfr. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004), artículo 12. Disponible en: https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/12/codigo_modelo_de_procesos_colectivos_para_iberoamerica_texto-definitivo.pdf

⁴⁹ Cfr. ONU. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, op.cit, comentario al principio rector 31.

⁵⁰ Ibid., principio 31

Además, las empresas pueden presentar mecanismos a nivel operacional. Actualmente, la reparación a partir de estos mecanismos se considera limitada, en parte, por la falta de cooperación entre los creadores y administradores de los mecanismos y por resultar poco claros e incoherentes. Se ha señalado que deben hacer hincapié en los titulares de derecho y la participación real de las partes interesadas para cumplir con los criterios de eficacia del Principio Rector 31. Entre las medidas posibles para mejorar su eficacia se encuentra abordar la falta de accesibilidad, donde el mecanismo provisto debe buscar ser conocido por las partes interesadas, resultar lo más fácil posible, eliminar las barreras relacionadas a la discriminación o situación de vulnerabilidad, permitir que los titulares de derecho colaboren y puedan obtener una reparación colectiva, mantenga la confidencialidad y evalúen los riesgos de represalias, entre otras.⁵¹ En igual sentido, el Acuerdo de Escazú aborda la necesidad de facilitar medidas tendientes a eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia⁵², el uso de la interpretación de idiomas distintos a los oficiales⁵³ y de tener a las necesidades específicas de grupos en situación de vulnerabilidad⁵⁴.

Para entender que estos mecanismos se basan realmente en la colaboración y el diálogo, las empresas deben conocer las necesidades específicas de los titulares de derecho. Para ello, puede consultar seriamente a las partes y a organizaciones de la sociedad civil con experiencia en estos procesos, consultar sobre el diseño y funcionamiento del mecanismo, brindar opciones sobre la reparación a titulares de derecho, analizar y presentar los riesgos a las partes interesadas, evidenciar cuáles son los criterios para la reparación y que resulten justos y objetivos. Resulta central que las partes interesadas tengan información para alcanzar acuerdos sobre reparación. Además, la empresa deberá evaluar si la reparación que brinda es adecuada y establecer una estrategia para la reparación. El mecanismo debe basarse en el diálogo y en las mejores prácticas de mediación y técnicas de solución conjunta de problemas.⁵⁵

⁵¹ Consejo de Derechos Humanos (CDH). Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales mediante los mecanismos de reclamación no estatales. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/44/3. 2020. párr. 8, 11 y 14.

⁵² CEPAL. Acuerdo de Escazú, op.cit. punto 8.4.a

⁵³ CEPAL. Acuerdo de Escazú, op.cit. punto 8.4.d

⁵⁴ CEPAL. Acuerdo de Escazú, op.cit. punto 8.5

⁵⁵ Cfr. OCDE, 2018, op.cit. pág. 93 y CDH 2020, Pág. 20

IV. La debida diligencia empresarial desde la mirada del Acuerdo de Escazú

El contenido del Acuerdo de Escazú no es excluyente de la debida diligencia en derechos humanos ni de ninguna otra iniciativa para prevenir las violaciones de los derechos humanos. Por el contrario, los estándares de Escazú podrían robustecer la debida diligencia prevista en los Principios Rectores.

Los ejes relacionados con el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia parecieran que son obligaciones únicamente estatales, no obstante, no hay obligación estatal que no se vea nutrida con el actuar de los demás actores involucrados en asegurar su finalidad, como son las empresas.

La debida diligencia establece pasos para que las empresas puedan diseñar una estrategia corporativa para prevenir violaciones a derechos humanos dentro del marco de sus operaciones. No obstante, no se puede dejar a las empresas solas en este proceso, necesitan la supervisión directa del Estado para asegurarse que este proceso cumpla con los estándares interamericanos e internacional de derechos humanos⁵⁶, y de por sí sean coherentes con el marco legal nacional.

Los Principios Rectores – al igual que la Guía de la OCDE sobre Debida Diligencia – diseñan seis pasos para ejercer una adecuada debida diligencia por parte de las empresas, las cuales van a ser analizados a continuación respecto a cada uno de los tres ejes del Acuerdo de Escazú.

a) Establecer un compromiso político a nivel empresarial

El cambio de la cultura corporativa implica reconocer los elementos de una conducta empresarial responsable, entre ellos el incorporar una política clara sobre acceso a la información y participación que se puede lograr a través de un adecuado “proceso de fortalecimiento de capacidades”, como primer punto de partida. Este proceso de fortalecimiento de capacidades no debe estar destinado únicamente al personal directivo de la empresa, sino a todas las instancias corporativas. De la misma manera, las empresas deben adoptar, en estas políticas, un lenguaje que indique sus compromisos con la facilitación al acceso a justicia en los casos en que algún impacto ocurra.

⁵⁶ FIAN Internacional. Debida diligencia de las empresas y las obligaciones relacionadas de los Estados en el contexto de la rendición de cuentas corporativa. Documento de posición – Versión de Trabajo. 29 de mayo de 2022. Disponible en: <https://fian.org/es/publication/articulo/debida-diligencia-de-las-empresas-y-las-obligaciones-relacionadas-de-los-estados-en-el-contexto-de-la-rendicion-de-cuentas-corporativa-3056>

El incorporar a nivel corporativo una cultura de acceso a la información puede partir de la propia iniciativa empresarial de comunicar los impactos y el proceso y resultado de su frente al medio ambiente, o ser incentivado por las actividades de supervisión y monitoreo con los que cuentan los Estados. Los Estados a partir de esta labor pueden contribuir en equilibrar esa ambivalencia de acceso a la información que existe entre las personas y las empresas, como bien lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁷

Un principio básico a nivel internacional, que generalmente se aplica únicamente a los Estados, es el de “máxima publicidad”⁵⁸, pero este es un entramado que tiene que ser resuelto de manera conjunta: estados + empresas. Por ejemplo, los Estados tienen la obligación de controlar que las empresas mineras realicen dos o tres veces por año un examen médico ocupacional a todas las personas trabajadoras que desarrollan actividades en sus instalaciones. Los Estados necesitan que las empresas produzcan y contribuyan con la entrega de esta información a efecto que puedan “producir” información pública y atender algún requerimiento ciudadano.

Sin embargo, la complejidad viene cuando se trata de información calificada como “secreta o confidencial”. Los Principios Rectores precisan que las empresas deben “aportar suficiente información”⁵⁹ y no poner en riesgo la confidencialidad comercial⁶⁰. Los límites para preservar información comercial de forma confidencial deberán ser establecidos por ley y no poner en riesgo los derechos de las personas y del medio ambiente. Por ello existen a nivel internacional dos restricciones al acceso a la información: a) asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; y b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

La Comunidad Andina de Naciones por ello considera como “secreto empresarial” a aquella información “que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial” y que “podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios”⁶¹. No pudiendo ser considerada confidencial aquella información ordenada por ley o por orden judicial⁶². En este sentido, el límite de la confidencialidad/secreto comercial será la ley, órdenes judiciales debi-

⁵⁷ CIDH, Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas, párr. 115.

⁵⁸ Cfr. Corte Federal de Mar de Plata. Sentencia 58 del 2022. Amparo Ambiental recaído en caso Ruben Godoy c. Estado Nacional.

⁵⁹ ONU. Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. Principio 21. b)

⁶⁰ ONU. Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. Principio 21. c)

⁶¹ Cfr. Comunidad Andina de Naciones. Decisión 486 de 2000, artículo 260

⁶² Cfr. Comunidad Andina de Naciones. Decisión 486 de 2000, artículo 261

damente fundamentadas y casos vinculados a violaciones a derechos humanos – en donde indiscutiblemente pueden estar inmersos temas ambientales – como bien se señaló por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶³.

Sumado al principio de máxima publicidad, la información debe ser veraz y confiable. No basta que la política corporativa reconozca otorgar la información, sino que reconozca que, particularmente en información técnica tan compleja como la ambiental, deben existir los máximos controles para presentar la información de manera precisa y sin discriminación a grupos en situación de vulnerabilidad⁶⁴. Hacerlo no es una labor sencilla, implica contar con profesionales técnicos adecuados y reforzarlos con un personal altamente capacitado que supervise y monitoree esa información.

Las empresas deben reconocer que la información sobre la cual tienen que contribuir en brindar acceso puede estar relacionada a cualquier etapa de la actividad económica que realizan y vincularse al territorio, al medio ambiente y a los bienes naturales comunes en un formato no únicamente escrito, sino visual, sonoro, electrónico o registrado en cualquier otro formato.

No obstante, es a través de esto que se puede llegar a asegurar el “principio de no regresión⁶⁵” y “pro persona⁶⁶” establecido en el Acuerdo de Escazú, en donde las empresas y los Estados en su regulación produzcan y supervisen, respectivamente, que la información tenga dicha orientación.

⁶³ Corte IDH. Caso García y Familiares vs. Guatemala, Sentencia de 29 de noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 258, párr. 157. “en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes. Ver también: Cepal. Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. Guía de Implementación, p. 85.

⁶⁴ E. Barritt, “Global values, transnational expression: From Aarhus to Escazú”, TLI Think! Paper, n.º 11, 2019, p. 11.

⁶⁵ “...la obligación de no regresividad veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población.” Cfr. Courtis, Christian. Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p.17.

⁶⁶ [Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio pro persona] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad in- mediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción. Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante”, en Corte idh, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párr. 36 .

Por otro lado, a los fines de garantizar una participación significativa, la empresa debe estar comprometida y pensar la forma de “posicionar estratégicamente” los procesos de participación dentro de la organización, debiendo hacerlo con la previsión de canales explícitos de participación en sus políticas. Esto incluye comunicar su política con relación a la participación e integrar su gestión en otras políticas y procedimientos operacionales, como la evaluación de impactos negativos en derechos humanos.⁶⁷

Este compromiso debe incluir llevar adelante una relación transparente con las partes interesadas y evitar la producción de impactos negativos para ellas, considerando conductas de interferencia, manipulación y comportamientos ilegales que lleven al rompimiento del tejido social durante el desarrollo de las actividades previstas para conocer las observaciones del público.⁶⁸

Por su parte, las medidas de acceso a justicia ambiental incluyen los mecanismos que las propias empresas establezcan. Es lo que nos dice el Principio Rector 22 que cita que “Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos”. Para que eso sea posible, la más alta dirección de la empresa debe también permitir que estos mecanismos sean ampliamente utilizados por las partes interesadas.

Es lo más sensato, ya que de poco servirían las políticas de derechos humanos que declaran los derechos que respeta la empresa y, además, establecen planes para evitar que se produzcan daños. Hay que ir más allá y prever la falibilidad de los planes de contingencia y, desde el principio, crear mecanismos que puedan ser utilizados por las víctimas en caso de que se produzca un daño.

El cambio de la cultura corporativa en cuanto al acceso a la justicia ambiental también tendría que estar dirigido a establecer lineamientos claros sobre cuál será el comportamiento de la empresa frente a un caso que se llegue a judicializar para aportar positivamente a las garantías judiciales. En esta sección se podrá medir hasta que nivel las empresas han adoptado los estándares de derechos humanos reconocidos a nivel local referidos a “garantías judiciales” tales como los dos primeros pilares del Acuerdo de Escazú: acceso a la información y participación; pero a su vez, el no entorpecimiento de procesos judiciales por actos de intimidación y amenaza a personas defensoras de derechos humanos, dilación de la justicia a efecto que no se logren pronunciamiento de admisibilidad y/o de fondo en un proceso judicial, o actos de corrupción, más conocido como la cooptación de la justicia por actores económicos. Todos es-

⁶⁷ Cfr. OCDE, Guía de la OCDE de debida diligencia para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo. 2018, pág. 26 y Comentario al Principio Rector N°16.

⁶⁸ OCDE, op.cit., 2018, pág. 31.

tos elementos se deben delinear en una política corporativa y fortalecer los equipos legales sean llamadas Superintendencias o Direcciones Legales, conforme a cada rubro corporativo.

b) Evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos

Existen tres formas para identificar y evaluar riesgos ambientales. La primera está vinculada al contexto político y corporativo relacionado con la actividad económica, es decir, cómo se comporta el sector económico en un determinado periodo de gobierno y cuáles han sido los principales impactos negativos generales de la actividad que hayan sido identificados. Esta se puede materializar a través de una solicitud requerida por la empresa a los Estados o la simple “observación de campo” a una situación y contexto concreto. En el caso de las empresas transnacionales estas solicitudes son más frecuentes al requerir información previamente a tomar la decisión de invertir en un país extranjero. La segunda está vinculada a la actividad corporativa propia, en donde los diversos sectores de la empresa (oficinas/dependencias) dialogan para compartir información y evaluar los potenciales impactos que se pueden generar en el desarrollo de la actividad global. Es decir, existe un diálogo interno. En esta etapa las diferentes dependencias de la empresa han podido contribuir tanto en brindar información para que los estados preparen una evaluación, sobre la cual también hay una evaluación propia de los riesgos resaltados tras la emisión de dicha información por parte de la empresa; o ser solicitantes de la misma para completar su proceso de evaluación de riesgos.

La tercera tiene un componente más social, en donde las empresas brindan información sobre la actividad económica a la comunidad y al Estado y estos pueden rendir opiniones sobre potenciales impactos identificados. En el caso de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes se materializa a través de un proceso de “participación” de apoyo en el desarrollo de un proceso de consulta previa, libre e informada.

Ahora bien, el Acuerdo de Escazú reseña como principios básicos el “pro-persona”, la “igualdad y no discriminación” y la “equidad intergeneracional”, por lo tanto, en el proceso de solicitud de información para identificar o evaluar riesgos, tanto el solicitante (la empresa), como el proveedor o creador de la información (regularmente el Estado) debe considerar algunos criterios esenciales:

- Interseccionalidad: identificación de actores involucrados y sus vulnerabilidades
- Intersectorialidad: sectores económicos involucrados
- Integralidad política y normativa: evaluar si el aparato normativo y político brinda oportunidades óptimas para evitar riesgos a los derechos humanos
- Integralidad de la estructura corporativa: entender la complejidad corporativa interna de la empresa principal, y comprender su cadena de suministro (qué actores están involucrados)
- Interdependencia de derechos: potenciales derechos humanos involucrados (sin categorías)

De no llevar a cabo un adecuado proceso de intercambio de información en la evaluación e identificación de impactos no será posible detener, prevenir o mitigar estos de manera adecuada. Justamente porque no se cuenta con la información precisa sobre la cual se puede realizar una evaluación integral teniendo en cuenta los cinco criterios señalados anteriormente.

Al evaluar impactos negativos en el ambiente y en derechos humanos, la participación significativa permite a las empresas tomar conocimiento de impactos potenciales o reales que no estaban considerando, y esto se vincula al “componente social” mencionado al inicio en donde en ese proceso de brindar información a la sociedad sobre los impactos se requiere también contar con la inclusión de las partes interesadas, en particular de quienes puedan ser potencialmente afectados. En este proceso participativo debe tenerse en cuenta la centralidad de la dignidad humana, fundamento de la construcción de los derechos de las personas, instrumentado a través de la aplicación del principio “pro-persona” ya mencionado.⁶⁹

Las actividades de participación deben ser llevadas adelante por personal que tenga conocimientos previos sobre las partes interesadas, incluyendo contexto y cultura. También pueden realizar actividades específicas para grupos de

⁶⁹ Inter-American Commission on Human Rights. Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights. Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. [Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos].2019. Párr. 42.

terminados para conocer sus características y relaciones sociales⁷⁰. En estos procesos de participación es ideal que se elija a una persona “mediadora” y que sea consensuada por ambas partes (empresas y personas afectadas), así se garantiza la imparcialidad y se brinda un ambiente de confianza para las partes intervinientes.

Además, las medidas que la empresa incorpore en su nivel estratégico, gerencial y operacional para identificación de los impactos negativos que su actividad puede causar es relevante para la justicia que puede ser alcanzada por las víctimas.

El procedimiento adoptado por la empresa para identificar y evaluar estos impactos puede generar datos relevantes que repercutirán en la atención a las necesidades de las víctimas. Esta fase del procedimiento de diligencia debida produce información que fundamentará las decisiones de la empresa a la hora de priorizar los impactos que merecerán su atención inmediata y el gasto de sus recursos humanos y financieros para tratar de prevenir y responder a los daños causados.

Así, en la medida en que el procedimiento haya sido tomado en serio por la empresa, y lleve a la conclusión de que la posibilidad de que se produjera el daño causado era remota, la canalización de menores recursos hacia ese daño no podrá dar lugar a que las obligaciones de la empresa se agraven en un litigio judicial. Al fin y al cabo, dispondrá de la información necesaria para demostrar que se ha esforzado por evitar o mitigar un daño mayor o más probable. Esto no puede implicar en ningún caso una menor protección de las víctimas potenciales. Todo lo contrario. Entre las disposiciones del Acuerdo de Escazú relativas al acceso a la justicia se encuentran las que prevén la facilitación de mecanismos probatorios. El estudio que realiza la empresa a la hora de identificar los riesgos que plantea su actividad puede ser esencial para las víctimas que buscan reparación.

c) Integración de resultados de las evaluaciones y actuación al respecto

Las empresas, como promotoras en apoyar la producción de información estatal en materia ambiental, deben integrar la información obtenida en el paso dos de la debida diligencia permitiéndoles delinear algunos patrones para detener, prevenir o mitigar impactos negativos en el acceso a la información.

⁷⁰ OCDEb (2018), Guía de la OCDE de Debita Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, pág. 38. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debita-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

Las empresas pueden, fuera de la exigencia establecida en la legislación local, promover un “Mecanismo de Transparencia de Información Corporativa”. Este Mecanismo debe aprobarse desde el órgano máximo de toma de decisiones de una empresa y contar con un procedimiento adecuado que permita la coordinación con todas las instancias estatales que requieran información vinculada a temas ambientales (recursos hídricos, asuntos laborales, regulación al extractivismo, grupos en situación de vulnerabilidad, entre otros). Las empresas pueden regular este Mecanismo yendo más allá de lo que ordena la legislación nacional, si bien no están obligados sería una acción positiva que promueva la debida diligencia desde una visión global tomando en consideración la legislación más favorable que las rige. Esto es especialmente relevante para las empresas transnacionales, las cuales pueden tener dos marcos normativos comparables y eventualmente uno más positivo que otro (empresa matriz: transnacional fuera del lugar de operaciones directas; y empresa subsidiaria: empresa local fuera de la sede de la empresa matriz).

El Mecanismo debe tener indicadores específicos no sólo con base al tipo de impacto ambiental identificado, el sector económico involucrado, sino también las diversas vulnerabilidades en las que están inmersas las personas afectadas. Esto permitirá procesar la información y ejercer una actuación corporativa destinada a una prevención, detención o mitigación de las actividades empresariales cuya gestión está generando impactos negativos no esperados.

Identificados estos patrones se pueden establecer algunas medidas específicas para detener, prevenir o mitigar los impactos negativos relacionados con el acceso a la información:

- Otorgar la información solicitada inmediatamente, salvo que dicha información esté relacionada a un régimen de excepciones establecido en la legislación nacional y que le es aplicable a las empresas⁷¹, explicado anteriormente;
- Establecer protocolos adecuados para operativizar el Mecanismo a fin de proporcionar información adecuada, puntual y precisa y desde una perspectiva de atención a las diversas necesidades de los grupos en situación de vulnerabilidad a los Estados como agentes productores de información; y/o publicar dicha información en los diferentes instrumentos de gestión corporativa, como informes de sostenibilidad, informes anuales o informes específicos relacionados con el tema “medio ambiente y cambio climático”

⁷¹ CEPAL. Acuerdo de Escazú, op.cit., párrafo 5.6, artículo 5.

- El Mecanismo debe contar con una dependencia de atención a la ciudadanía a efecto de recibir estas solicitudes de acceso a la información directa;
- Con base en las experiencias previas en procesos judiciales en donde se demanda la ambivalencia de información con la que cuentan las empresas y la ciudadanía, puede reconocerse a nivel corporativo “la inversión de la carga de la prueba” en procesos judiciales, tal como se establece en el Acuerdo de Escazú.

Conforme al Acuerdo, se debe garantizar la participación en procesos de autorizaciones ambientales con impacto significativo, sea potencial o real. Además, conforme al Principio Rector 19, para prevenir y mitigar los impactos negativos, las empresas deben tomar los resultados de las evaluaciones realizadas en el paso anterior, integrarlos en sus funciones y procesos, asignar responsabilidades y tomar medidas que variarán según hayan causado el impacto negativo, contribuido a causar o estén vinculados a través de una relación comercial.

En materia de abordar los impactos previstos en una evaluación ambiental, las empresas pueden dar cumplimiento a ambos instrumentos adoptando un plan de acción a seguir que se vea beneficiado de contar con la participación informada de las partes interesadas⁷². Esto incluye adoptar o actualizar su política o declaración de compromiso con los derechos humanos y con el ambiente, capacitar a su personal para prevenir o mitigar los impactos y para que la participación sea abierta e inclusiva, en términos del Acuerdo. Así, durante la priorización de los riesgos más graves, las partes interesadas y el público podrán colaborar a determinar cuáles son estos impactos. Otra medida que puede tomar la empresa para prevenir impactos es establecer sistemas de alerta temprana que incluya a titulares de derechos⁷³.

Asimismo, se podría disponer anular las actuaciones corporativas en donde no se haya garantizado la participación de las personas interesadas, incluyendo aquellas que también se hayan puesto a consideración de entidades estatales; realizar talleres de fortalecimiento de capacidades en todas las instancias y/o dependencias empresariales a efecto de lograr una política de coherencia en asegurar la participación multinivel; e identificar en la cadena de suministro y valor de la empresa qué otras empresas o actores económicos pueden inter-

⁷² ONU. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos: Experiencias y herramientas prácticas en América Latina, 2022, pág. 44. Disponible en: <https://empresasyderechoshumanos.org/wp-content/uploads/2022/11/DEBIDA-DILIGENCIA-EMPRESARIAL-EN-MATERIA-DE-DERECOS-HUMANOS-161122.pdf>

⁷³ OCDEb (2018), op.cit., pág. 81; ONU, Report of the Open-ended Intergovernmental Expert Working Group on Indicators and Terminology Related to Disaster Risk Reduction (OIEWG) (A/71/644), adoptado por la Asamblea General el 2 de febrero de 2017 (A/RES/71/276).

venir en el proceso de participación y comprometerlos a ejercer una debida diligencia derivativa de un riesgo identificado en la empresa matriz⁷⁴.

No se trata sólo de tomar medidas cuando cause o contribuya a causar un impacto negativo, sino que también debe ejercer su influencia cuando esté a su alcance para que sus socios comerciales tomen medidas e, incluso, llamen a la participación significativa del público.

La justicia, en términos amplios, no es sólo la justicia ejercida por los poderes judiciales. Los Principios Rectores así lo reconocen al hablar de reparación a través de diferentes mecanismos, y los mecanismos judiciales estatales son sólo uno de ellos. Así, si la empresa ha evaluado los riesgos que su actividad supone para las personas y el medio ambiente, y ha creado instrumentos de reparación que pueden activarse en un procedimiento que se inicie directamente ante la empresa, se trata de una posibilidad de acceso a la justicia que no pasa por la justicia ordinaria. Si la empresa consigue reducir los impactos percibidos por las personas, ello repercutirá sin duda en las reparaciones que se les deben. Por ello, la creación de planes viables y eficaces es relevante para la mayor o menor necesidad de intervención en la fase de reparación.

d) Seguimiento de las respuestas

La implementación y su seguimiento va a ser una tarea que requerirá coordinación de todas las dependencias/oficinas de la empresa. El seguimiento adecuado que realice la empresa, a través de reportes periódicos, bien documentados, claros y con indicadores específicos que midan su efectividad –a corto o largo plazo-, serán vitales para “comunicar” a requerimiento de los Estados o de oficio.

En temas ambientales, el seguimiento y la implementación de los resultados, seguramente va a involucrar a diversos sectores públicos, quienes van a tener que contar con protocolos muy específicos y coordinados para solicitar información a las empresas; y las empresas tendrán que fortalecer sus mecanismos internos para hacer llegar la información de manera oportuna y monitorearla de forma congruente.

En este proceso de seguimiento pueden estar involucradas directamente las personas afectadas e incluso aquellas que están dentro de la “esfera indirecta” de impacto. Por ejemplo, si se presentó un caso de contaminación con meta-

⁷⁴ Cfr. Barboza López, Miguel; et.at. “Haciendo democrática la información sobre cadenas de suministro en empresas mineras de cobre en Perú y en Chile”. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Octubre de 2023. Bogotá, Colombia

les pesados en una fuente de agua directa de una comunidad indígena “lago”, no sólo los afectados directos (la comunidad) podrían reclamar, sino también quienes han visto afectada la disminución del flujo de agua y calidad surcos abajo.

Con base en ello es relevante que los Estados brinden información de manera oportuna a quienes la solicitan, sean las personas impactadas directa o indirectamente; o las organizaciones de la sociedad civil y academia que integran parte de la red de “estrategia de incidencia” de un caso en concreto.

Ahora bien, uno de los principales aportes que brinda el Acuerdo de Escazú es que tiene como eje transversal la protección de las personas defensoras de derechos humanos y el medioambiente. Los estados deben tener indicadores para medir - y no desconocer - los impactos especiales generados a personas defensoras. De la misma manera, las empresas deberían ser requeridas por las autoridades estatales para brindar información con relación a cómo se han abordado esos impactos en el caso de las personas defensoras y cuáles han sido las salvaguardas implementadas.

Para poder participar en el seguimiento de las medidas implementadas por la empresa al detectar un impacto negativo potencial o real, el público o las partes interesadas requieren, en gran medida, del reporte de la empresa sobre los resultados de las actividades emprendidas para prevenir, detener y mitigar el impacto. Esto incluye el seguimiento a través de indicadores, cuantitativos, pero también cualitativos⁷⁵, y considerar fuentes internas y externas, incluidas las partes afectadas, siguiendo particularmente la eficacia de las medidas a impactos sobre personas o grupos en situación de vulnerabilidad y utilizando las fuentes de comunicación interna de las empresas.⁷⁶

En igual medida, las actividades tendientes a garantizar la participación deben monitorearse. Esto incluye la implementación de acuerdos sobre medidas, compromisos y reparaciones donde se indiquen los detalles acordados, se identifiquen responsables, se asignen plazos ciertos y se detalle el estado de implementación.⁷⁷

⁷⁵ Es relevante comprender que el uso de indicadores cualitativos en derechos humanos es clave para entender realmente los indicadores de resultado cuantitativos, en cuanto son una vía clave de participación de las personas a través de su percepción/descripción de experiencia sobre determinadas cuestiones por ejemplo eficacia de mecanismos de acceso a reclamo que pueden dar luz sobre problemas.

⁷⁶ Cfr. ONU. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. 2011. Comentario al principio rector 20.

⁷⁷ OCDEb, 2018, op.cit., págs. 95-100.

Los planes de acción aplicados por la empresa deben ser objeto de seguimiento para asegurarse de que alcanzan su objetivo. Siempre que la empresa adopte un plan que implique compensar a las personas por los impactos causados, también debe supervisar los resultados de la aplicación del plan. De este modo, podrá asegurarse que dispone de información y datos que demuestren que la forma que eligió para efectuar las reparaciones fue la correcta, permitiéndole así introducir ajustes en su plan de cara al futuro. De la lectura conjunta del Acuerdo de Escazú y de los Principios Rectores, sólo podemos concluir que el seguimiento de la eficacia de los planes de acción que ofrecen algún tipo de reparación a las víctimas debe hacerse escuchándolas.

De ahí la pertinente observación de que la eficacia de tales planes no puede definirse únicamente mediante la observación externa, sin la percepción de las personas destinatarias de las medidas adoptadas. La necesidad de escuchar a las partes interesadas está firmemente establecida no sólo en los Principios Rectores, sino también en los materiales elaborados por la OCDE, y tiene un impacto importante a la hora de informar sobre el mejor procedimiento para supervisar los planes de acción.

En el seguimiento a la implementación de resultados también está presente el componente del acceso a la justicia. Ello específicamente cuando se haya incumplido o exista discordancia entre la implementación de las medidas para detener, prevenir o mitigar impactos negativos participativos derivados de un mecanismo especial instaurado por la empresa, y las partes afectadas decidan acudir a la justicia ordinaria. En todo momento, las empresas tendrán que saber responder contribuyendo con aportar a la efectividad de las garantías judiciales anteriormente detalladas.

e) Comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias

El acceso a la información no se puede convertir en el derecho de unos pocos, salvo los casos específicos en donde los Estados pueden establecer límites por razones de orden público, como también son abordados por el Acuerdo de Escazú y que han sido explicados anteriormente. Entonces la regla siempre debe ser comunicar los impactos generados, la gestión de estos impactos y los resultados de esta gestión, por un sector económico en concreto siempre que estén vinculados al derecho de las personas y el medio ambiente que impacta su entorno.

Las empresas dentro de sus procesos de debida diligencia pueden contribuir

a que los Estados informen de manera específica y certera sobre un impacto negativo a los derechos humanos generados por sus actividades a la ciudadanía. La nomenclatura es importante porque los Principios Rectores y el Acuerdo de Escazú no hacen referencia al impacto de las buenas prácticas en los sectores ambiental, social o de gobernanza que usualmente proponen las empresas. Aunque la comunicación de estos datos sea relevante para instar a los pares a la adopción de comportamientos positivos, de hecho, lo que se quiere comunicar aquí son los impactos negativos. No obstante, se parte de las falencias empresariales en producir o documentar esta información, sobre las cuales los Estados pueden jugar un rol “activador” y “promotor” para su fortalecimiento. Existen diversas opciones para fortalecer las capacidades de las empresas para mejorar su “transparencia”. Una de estas opciones puede ser asesorías directas a través de convenios de colaboración las cuales estarían seguidas por incentivos al sector económico. Estos convenios también pueden estar enfocados a que la información requerida por el Estado y que produzcan las empresas sean remitidas en la mayor cantidad de medios de difusión, como bien lo señala la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de la Organización de los Estados Americanos⁷⁸.

Este apoyo al sector económico por parte del Estado puede tener efectos en cadena positivos. Si se apoyó a una empresa matriz, estas a su vez pueden contribuir a que los actores económicos que forman parte de su cadena de suministro fortalezcan sus mecanismos de transparencia. No obstante, todos estos convenios o soportes estatales tienen que provenir de estados que hayan reconocido la importancia de una “transparencia justa”, es decir, que tome en cuenta los “criterios esenciales” reseñados anteriormente en la fase de “evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos”.

No podemos desconocer, sin generalizar, que el poder corporativo, particularmente en el caso extractivo que se relaciona directamente con impactos al medio ambiente y la contribución al cambio climático, ha sido hostil y su impacto corporativo ha venido seguido de actos de criminalización a la protesta social, hostigamientos, muertes e incluso complicidad empresarial aportando con grupos al margen de la ley, como se evidencia en los múltiples conflictos armados de los que ha sido testigo nuestro continente. El sector minero, sin duda, es el que mayormente ha impactado el derecho de las personas defensoras⁷⁹. En consecuencia, estos son algunos criterios que deben tomarse en consideración al momento de establecer un convenio con una empresa o grupo empresarial teniendo en cuenta las salvaguardas necesarias que eviten actos de corrupción, o cualquier otra manifestación de cooptación del poder estatal por el poder empresarial.

⁷⁸ OEA. Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública, artículo 5.2.

⁷⁹ Cfr. Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos. op.cit.1. 2023.

Otro aspecto para considerar, fuera del apoyo que pueda darse o no a las empresas para comunicar dicha información, es una guía de “cómo comunicar”. La información en el caso del sector extractivo, agrícola, textil, entre otros, viene seguido de muchos tecnicismos que no son fáciles de comprender. Particularmente, cuando los destinatarios de dicha información son comunidades étnicas o con alguna situación de discapacidad. En consecuencia pueden activarse algunos mecanismos: a) por parte de los Estados: exigir que la información proporcionada por las empresas tenga una metodología de lenguaje sencillo; y b) por parte de las Empresas: producir información en lenguaje sencillo con el debido acompañamiento de la oficina de “relaciones comunitarias”, “relaciones laborales” o “derechos humanos”, que en algunas empresas existe, a efecto de coordinar una producción incluyente y basada en las necesidades de las personas destinatarias.

La lógica de presentar información ambiental en un lenguaje sencillo nos lleva a hacernos la pregunta ¿quién está en mejor posición para presentar dicha información, el demandante (sociedad civil) o el demandado (la empresa) en casos tan complejos como los medioambientales? El Acuerdo de Escazú, en línea con algunas sentencias en Argentina y Colombia, resaltan que cuando la parte demandante no está en mejor posición para presentar evidencia que soporte sus alegatos, sino el demandado por el control que tiene sobre dicha información, este último podrá presentar la prueba y se aplicaría la “inversión de la carga probatoria”. Este es un mecanismo “indirecto” para obtener información a través de la justicia, y podría ser regulado de una manera más eficaz por parte de los Estados.

Como se mencionó en numerosas oportunidades, para garantizar la participación se requiere acceso a la información. Las empresas pueden evaluar si brindan información suficiente, clara, relevante y accesible teniendo en cuenta la pertenencia a grupos en situación de vulnerabilidad al evaluar si las partes interesadas pueden comunicar los aspectos relevantes del mecanismo, proyecto, operación u otro tipo de actividad sobre la que están siendo consultadas y si se sienten conformes respecto a la información recibida.⁸⁰ En igual sentido, el Acuerdo de Escazú señala que el público será informado a través de medios apropiados, de forma efectiva, comprensible y oportuna y que los procesos de toma de decisiones ambientales se adecuarán a las características del público. En definitiva, esta fase del proceso de diligencia debida está estrechamente relacionada con el derecho a la información contemplado en el Acuerdo de Escazú. Es fundamental que las personas conozcan los procedimientos adoptados por la empresa para conocer los riesgos, priorizarlos y los mecanismos elegidos para hacer frente a los impactos causados. El derecho a ser informado sobre estos procedimientos repercute en su acceso a la justicia, ya que las

⁸⁰ Ibíd, pág. 103.

personas carecen de información sobre lo que la empresa ha previsto para alegar el incumplimiento de sus compromisos más básicos. En este sentido, cuando las personas tienen información sobre los procedimientos que la empresa se ha comprometido a adoptar, les resulta más fácil demostrar su caso ante los tribunales. En estos casos, la prueba de lo que habría que hacer para garantizar la reparación la produce de antemano la propia empresa, que, en definitiva, es la que tiene mayor capacidad para hacerlo.

f) Reparar o colaborar en la reparación

Lo que una empresa tiene que cumplir por violar los derechos humanos se presta como una oportunidad para “reparar- reevaluar” – de haberlo tenido – su proceso de debida diligencia e identificar las fallas que se cometieron que hicieron que se viera involucrada en un proceso judicial o no judicial donde se haya determinado su responsabilidad.

En este proceso de “reevaluación” las empresas tendrán nuevamente que navegar en todas las etapas de la debida diligencia y tener presente que se tienen que contribuir con información sea como solicitantes o como requeridos a brindarla a petición de los Estados.

Ahora, propiamente en la reparación los Estados tienen un rol de garante para asegurar que las víctimas obtengan una reparación integral. Y, por lo tanto, deberán mantener actualizados sus registros de cómo se está cumpliendo la reparación por parte de la empresa. Para ello, se necesita que, frente a un determinado caso judicial, los estados estén en la capacidad de monitorear su cumplimiento, incluyendo el solicitar información actualizada a la empresa sobre dichos aspectos.

Por otro lado, un mecanismo de reclamación judicial o no “sólo puede cumplir su función si las personas a las que debe servir lo conocen, confían en él y son capaces de utilizarlo.”⁸¹ En particular, en los mecanismos a nivel operaciones, es decir, los que se encuentran dentro de las empresas, se incorporan como requisitos de efectividad que estén basados en la participación – especialmente a través de la consulta sobre su diseño y funcionamiento – y en diálogo como medio para resolver los agravios⁸².

La participación en un mecanismo de reclamación de nivel operacional puede ser complementaria pero no sustitutiva de procesos de participación más complejos, como las negociaciones sindicales,⁸³ procesos de consulta previa, libre e informada, etc.

⁸¹ Cfr. ONU. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, op.cit, comentario al principio rector 31.

⁸² Ibid., principio 31

⁸³ Ibid., comentario al PRNU 29.

Actualmente, la reparación a partir de mecanismos no estatales se considera limitada, en parte, por la falta de cooperación entre los creadores y administradores de los mecanismos y por resultar poco claros e incoherentes. Se ha señalado que deben hacer hincapié en los titulares de derecho y la participación real de las partes interesadas para cumplir con los criterios de eficacia del Principio Rector 31. Entre las medidas posibles para mejorar su eficacia se encuentra abordar la falta de accesibilidad, donde el mecanismo provisto debe buscar ser conocido por las partes interesadas, resultar lo más fácil posible, eliminar las barreras relacionadas a la discriminación o situación de vulnerabilidad, permitir que los titulares de derecho colaboren y puedan obtener una reparación colectiva, mantenga la confidencialidad y evalúen los riesgos de represalias, entre otras.⁸⁴

En igual sentido, el Acuerdo de Escazú aborda la necesidad de facilitar medidas tendientes a eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia⁸⁵, el uso de la interpretación de idiomas distintos a los oficiales⁸⁶ y de tener a las necesidades específicas de grupos en situación de vulnerabilidad⁸⁷. Para entender que estos mecanismos se basan realmente en la colaboración y el diálogo, las empresas deben conocer las necesidades específicas de los titulares de derecho. Para ello, puede consultar seriamente a las partes y a organizaciones de la sociedad civil con experiencia en estos procesos, consultar sobre el diseño y funcionamiento del mecanismo, brindar opciones sobre la reparación a titulares de derecho, analizar y presentar los riesgos a las partes interesadas, evidenciar cuáles son los criterios para la reparación y que resulten justos y objetivos. Resulta central que las partes interesadas tengan información para alcanzar acuerdos sobre reparación. Además, la empresa deberá evaluar si la reparación que brinda es adecuada y establecer una estrategia para la reparación. El mecanismo debe basarse en el diálogo y en las mejores prácticas de mediación y técnicas de solución conjunta de problemas.⁸⁸

El acceso a la justicia sólo es efectivo si las víctimas se sienten reparadas. A menudo los impactos se discuten ante los tribunales y se ordena a la empresa que adopte determinadas medidas, pero esto no significa que el acceso a la justicia se realice plenamente.

Al contrario, es necesario que las personas se vean efectivamente tocadas por las acciones que sirven para reparar el daño. Y esto depende esencialmente

⁸⁴ ONU. Consejo de Derechos Humanos (CDH). Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales mediante los mecanismos de reclamación no estatales. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/44/3. 2020. párr. 8, 11 y 14.

⁸⁵ CEPAL. Acuerdo de Escazú, op.cit. punto 8.4.a

⁸⁶ CEPAL. Acuerdo de Escazú, op.cit. punto 8.4.d

⁸⁷ CEPAL. Acuerdo de Escazú, op.cit. punto 8.5

⁸⁸ Cfr. OCDE, 2018, op.cit. pág. 93 y CDH 2020, Pág. 20

del comportamiento de la empresa. Por ello, en esta etapa también existe un vínculo importante con el Acuerdo de Escazú, en la medida en que profesa la necesidad de que las partes afectadas sean reparadas realmente, por cualquier de los mecanismos de reparación, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación⁸⁹.

V. Conclusión

El Acuerdo de Escazú es un tratado internacional pionero que marca una ruta clara para los Estados al garantizar el acceso a la información, la participación pública y la justicia en temas ambientales con un énfasis importante en las personas defensoras de derechos humanos y el ambiente.

Las obligaciones estatales tienen un impacto positivo hacia las personas y actores sobre los cuales ejerce su poder de influencia los gobiernos firmantes de un tratado internacional, como este. El impacto positivo viene atado a obligaciones que se ven reflejadas en la implementación en donde se busca alinear a los actores económicos, como las empresas, a respetar los derechos ambientales y a no contribuir con actividades que aceleren la degradación ambiental y emergencia climática que vivimos en la actualidad. En particular en una región tan rica en minerales y bienes naturales comunes como América Latina y el Caribe en donde las actividades de explotación y beneficio de estas van en aumento, y en especial los minerales para la transición energética, como el cobre y el litio, minerales que ahora serán más demandados y que requieren una atención más enfocada y urgente hacia las empresas.

Escazú no es ajeno a esta realidad pues a través de estas obligaciones estatales las cuales irradiarán a las actividades económicas se pueden fortalecer los llamados “procesos de debida diligencia” que, conforme a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas, se demanda que acaten las empresas. Los pasos de la debida diligencia empresarial se ven nutridos por los tres ejes del Acuerdo de Escazú.

El acceso a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia son ahora herramientas necesarias para tomar en cuenta en los procesos de debida diligencia, que si bien ya encontraban antecedentes importantes

⁸⁹ CEPAL. Acuerdo de Escazú, op.cit. punto 8.3.g

a nivel internacional e interamericano el día de hoy se ven reforzadas con el Acuerdo de Escazú. El acceso a la información y la participación se han convertido en garantías esenciales para identificar impactos empresariales al medio ambiente y diseñar medidas para mitigarlos. Sobre todo, en una región tan diversa en la que vivimos, en donde es necesario que las empresas conozcan la dinámica de cada sector económico, las necesidades de cada grupo en situación de vulnerabilidad y garantizar, y los riesgos que están asociados a una actividad empresarial. En donde es imposible “erradicar el flagelo del riesgo”, pero si prevenirlo.

El acceso a la justicia también necesita de las empresas, y las empresas de la justicia para fortalecer sus procesos de debida diligencia a partir de una medida de reparación judicial (debida diligencia a partir de la reparación). Las empresas cuentan con información valiosa que puede ser empleada en un proceso judicial y también en los mecanismos de reclamación o queja que se establezcan a nivel interno de las mismas. La ambivalencia en la producción de esta información ha sido una traba por ello es posible hoy en día de hablar de la “inversión de la carga de la prueba” en casos donde la empresa esté en una situación más favorable de brindar información técnica.

Dos instrumentos regionales y tres pilares en cada uno, todos complementarios y con un eje transversal común que es la protección de los derechos humanos de las personas que pueden verse afectadas por impactos económicos derivados de una dependencia clara hacia el territorio, tierra y los bienes naturales comunes. En donde la “debida diligencia reforzada para casos ambientales” se convierte en una herramienta urgente a ser implementada pero que no implique una labor voluntaria sino controlada por el Estado con obligaciones específicas, similar al “duty of care” francés, o a las funciones que actualmente tiene la Federal Office for Economic Affairs and Export Control - BAFA (por sus siglas en alemán) en la implementación de la Ley Alemana sobre Debida Diligencia en Cadenas de Suministro para controlar el actuar empresarial.

Miguel Barboza López,
Coordinador de Proyectos del Programa Estado
de Derecho para Latinoamérica de la KAS

Danielle Pamplona,
Profesora de la Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica de Paraná
(PUCPR)

Denisse Y. Cufré,
Especialista en Derecho Internaiconal de los
Derechos Humanos por la Universidad de
Buenos Aires (UBA).