

REVISTA DE DERECHO SOCIAL

SEPARATAS

Diligencia debida en derechos humanos: ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales?

Adoración Guamán Hernández

ESTUDIO	DILIGENCIA DEBIDA EN DERECHOS HUMANOS: ¿UN INSTRUMENTO IDÓNEO PARA REGULAR LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES?
Adoración Guamán Hernández Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València.	
1. Introducción. 2. Diligencia debida y diligencia debida en derechos humanos: orígenes, historia y evolución de un concepto indefinido. 3. La diligencia debida en derechos humanos: su recepción en los textos internacionales. 3.1. La DDDH en los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. 3.2. La DDDH en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). 4. La regulación de la diligencia debida en el ámbito de la Unión Europea: el camino hacia la directiva sobre DDDH. 4.1. La evolución hacia la DDDH obligatoria a través de normas sectoriales. 4.2. El proceso hacia una directiva de DDDH horizontal. 5. Conclusiones.	

1. INTRODUCCIÓN

El 16 de junio del año 2021 los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (PRNU)¹ cumplieron diez años. No ha sido una primera década sencilla ni, a día de hoy, es posible hablar de una implementación exitosa, de hecho, solo 25 Estados han aprobado su Plan Nacional de Actuación, la mayoría miembros de la Unión Europea, y a día de hoy las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales (ETN) siguen aumentando. Una simple búsqueda en las bases de datos del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDHNU) demuestra esta afirmación. Entre el día de la aprobación de los PRNU y la actualidad se han enviado 660 comunicaciones a empresas y estados relativas a violaciones de derechos humanos, firmadas por el Presidente del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas y por diversos Relatores Especiales². Cada comunicación, elevada dentro del marco del mandato de los relatores y del sistema de procedimientos especiales del CDHNU, relata una situación de posible crimen corporativo y la cifra ha ido aumentando rápidamente: de esas 660 comunicaciones 448 se han realizado entre enero de 2019 y la actualidad.

La terrible realidad que evidencia cada una de las comunicaciones también indica una creciente denuncia por parte de las organizaciones de defensa de derechos y un considerable aumento de la actividad de los mecanismos de protección de

1 Consejo de Derechos Humanos, A/C/17/31, Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. 27 de marzo de 2011.

2 La base de datos donde puede realizarse la búsqueda es la siguiente: <https://spcommreports.ohchr.org/Tmsearch/TMDocuments>.

derechos humanos de Naciones Unidas sobre esta cuestión. También es indudable que, desde el punto de vista académico, jurídico, político, sindical y social, la necesidad de evitar el choque entre derechos humanos y empresas ha ido ganando importancia. Al empuje de los PRNU se han sumado elementos fundamentales como el proceso de la Resolución 26/9 (el conocido como *Binding Treaty*)³ y, en los últimos años, la diligencia debida en derechos humanos (DDDH).

Sin lugar a dudas, este mecanismo de diligencia debida se sitúa hoy en el centro del debate que aquí nos ocupa. Tanto es así que el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas ha considerado que la DDDH es la “piedra angular de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos”, situándola como la “contribución más influyente de los Principios Rectores”⁴. Esta asunción de la DDDH como pilar fundamental para conseguir el respeto empresarial de los derechos humanos se ha extendido a gran velocidad tanto en el plano doctrinal como normativo y a nivel estatal y supranacional. La diligencia debida se plantea como el elemento de consenso que permite una acción normativa sobre la cuestión sin despertar el rechazo frontal de las patronales y con una considerable aceptación por la parte sindical y en gran medida también por la sociedad civil organizada.

Sin embargo, el consenso que despierta el mecanismo no debe evitar el debate en profundidad acerca de su capacidad para conseguir el fin último, que no debe ser otro que proteger de manera eficaz los derechos humanos frente a las violaciones cometidas por las ETN a lo largo de toda su cadena global de valor. Para contribuir a este debate, el presente artículo presenta un análisis del mecanismo de la DDDH combinando una triple metodología. En primer lugar, se aborda un breve análisis histórico de la configuración jurídica de la diligencia debida y de su posterior aplicación en el ámbito de los derechos humanos; en segundo lugar, se trata la exégesis normativa de los marcos regulatorios actuales y en preparación en el ámbito supranacional, centrando el análisis en el proceso hacia la Directiva sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, instado por la Comisión Europea; en tercer lugar y a modo de conclusión se

3 La Resolución 26/9, titulada “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” fue aprobada en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 26 de junio de 2014, encomendando la tarea de elaboración del instrumento a un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta (*Open-ended Intergovernmental Working Group, OEIGWG*) que desde 2015 ha celebrado sesiones anuales con el objetivo de elaborar el instrumento. Los documentos de las distintas sesiones del Grupo, incluido el resumen preliminar de la séptima sesión celebrada en octubre de 2021, pueden encontrarse en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx>. Sobre la cuestión en extenso a GUAMÁN, A., GONZÁLEZ, G., (2018) *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos*. Bomarzo, Albacete. Con carácter reciente vid. GUAMÁN, A. (2021), *Derechos Humanos y Empresas: una valoración de la séptima ronda de Negociación del Binding Treaty* (Ginebra, 25-29 de octubre de 2021). Net21.org. Disponible en: <https://www.net21.org/derechos-humanos-y-empresas-una-valoracion-de-la-septima-ronda-de-negociacion-del-binding-treaty-ginebra-25-29-de-octubre-de-2021/>

4 Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, elaborado por el Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio. 2021. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/47/39>.

aborda una reflexión teórica acerca del concepto para contestar a la siguiente pregunta: ¿es posible considerar la diligencia debida como un instrumento idóneo para la protección de los derechos humanos en el concreto supuesto de violaciones cometidas por empresas transnacionales?

Antes de comenzar este análisis es necesario desarrollar un breve preámbulo apuntando una serie de hipótesis acerca de las razones que han permitido que la diligencia debida ocupe un lugar tan central en el debate acerca de la relación entre derechos humanos y ETN.

Como se señalaba al inicio, las violaciones de derechos humanos cometidas por estas empresas lejos de descender están aumentando de manera paralela a la extensión del poder de las ETN y a la profundización de su estrategia de deslocalización, descentralización y aumento de la complejidad de su estructura y entramado productivo (las llamadas cadenas globales de valor). Debe recordarse que a lo largo de estas cadenas, que suelen estar coordinadas por empresas transnacionales, tiene lugar el comercio transfronterizo de insumos y productos, dentro de sus redes de afiliados, socios contractuales y proveedores independientes⁵ y que en el año 2019 más de dos tercios del comercio mundial se produjo a través de ellas⁶.

El crecimiento y ramificación estas cadenas dificulta, per se, la conexión entre las violaciones de derechos humanos que puedan cometerse en alguno de los eslabones y la responsabilidad de la matriz, de hecho, difuminar esta responsabilidad es uno de los objetivos de la compleja arquitectura de las empresas transnacionales⁷.

5 Los Principios Rectores utilizan el concepto de “cadena de valor” mientras que otros textos, fundamentalmente los de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se refieren a las cadenas de suministro. La definición del primer término la encontramos en la Guía para la interpretación de los PRNU, que señala que: “la cadena de valor de una empresa está constituida por las actividades que convierten los insumos en productos mediante la adición de valor. Incluye a las entidades con las que mantiene una relación empresarial directa o indirecta y que bien: a) proporcionan productos o servicios que contribuyen a los propios productos o servicios de la empresa; o b) reciben productos o servicios de la empresa”. Sobre cadenas globales y derechos laborales es fundamental la obra de BRINO, V. (2020), *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Giappichelli, Torino y con carácter más reciente la ponencia de SANGUINETI, R. (2021), *La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor*, XXIII Congreso Mundial de la SIDTSS Lima, 7 al 10 de septiembre de 2021. De entre los textos institucionales destacan los siguientes: OIT (2016) *Resolución relativa al trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Ginebra en su 105.^a reunión, el 10 de junio de 2016; OIT (2021) *Guía: desarrollo de cadenas de valor para el trabajo decente Un enfoque sistémico para crear más y mejores empleos*. Ginebra (tercera edición); OCDE (2019) *Global Value Chain Development Report*; The World Bank (2020) *World Development Report (WDR) 2020: Trading for Development in the Age of Global Value Chain*.

6 Vid. OCDE (2019) *Global Value Chain Development Report*; The World Bank (2020) *World Development Report (WDR) 2020: Trading for Development in the Age of Global Value Chain*.

7 Sin embargo, y pese a lo que puede parecer, la lejanía entre las matrices y los centros donde se elabora su producción no implica una ausencia de conocimiento y de capacidad para evitar tales violaciones y mucho menos de responsabilidad por las mismas. Lo cierto, como acertadamente indica LeBaron, es que las matrices ejercen una clara dirección sobre sus proveedores de primer nivel respecto de los productos que encargan y configuran en buena medida las condiciones en las que se fabrican toda su producción. LEBARON, G. (2014), “Subcontracting is not illegal, but is it unethical? Business ethics, forced labor, and economic success”, *The Brown Journal of World Affairs*, Vol. 20 No. 2, pp. 237-249.

La impunidad resultante de esta desconexión se presenta como un problema parcialmente inasequible para el derecho estatal porque, aun cuando es evidente la comisión de una violación de un derecho humano por una ETN, en algún eslabón de su cadena, los Estados donde se cometen los crímenes son habitualmente incapaces de sancionar a las empresas responsables (en última instancia las matrices) o garantizar el acceso a la justicia y la reparación para las víctimas. En paralelo, el acceso a la justicia de las víctimas en el Estado donde se domicilia la matriz sigue siendo una complicadísima operación jurídica sin garantías de éxito⁸. Como se ha señalado en múltiples ocasiones⁹, esta incapacidad podría solventarse con un marco jurídico internacional que estableciera la responsabilidad de las sociedades matrices por los crímenes cometidos a lo largo de las cadenas, pero esta solución, rechazada por las ETN¹⁰, parece de momento lejos de la voluntad política de los sujetos estatales más poderosos y de organizaciones como la Unión Europea¹¹.

La incapacidad jurídica y política señalada ha devenido un lastre incómodo para los Estados y para la UE, sin duda, pero también afecta a la imagen de las ETN. Gracias a la labor de denuncia de la sociedad civil y las organizaciones de afectadas y de derechos humanos, las violaciones son cada vez más conocidas, la impunidad más rechazada y esto repercute crecientemente en el comportamiento de las personas consumidoras o de los inversores. Por añadidura, la cuestión ha adquirido una urgencia mayor puesto que el impacto de la actividad de las ETN sobre los derechos humanos ha empeorado en los últimos años, como consecuencia de la pandemia de COVID-19. El cierre global establecido como respuesta inmediata a la misma tuvo como consecuencia directa la paralización del comercio internacional y, por tanto, la congelación de las dinámicas dentro de las cadenas¹². En particular las cadenas del textil, sufrieron el comporta-

8 Los casos que han llegado a los tribunales son contados, en su mayoría fruto de una coalición de apoyo a las organizaciones de afectadas, que han conseguido llegar hasta los tribunales del Estado de la matriz actuando junto con organizaciones como Friends of the Earth o el European Center for Constitutional and Human Rights (<https://www.ecchr.eu/en/case/kik-paying-the-price-for-clothing-production-in-south-asia>) Para un resumen de algunos procesos se remite a lo señalado en Guamán, A. (2018) "Empresas transnacionales y derechos humanos: acerca de la necesidad y la posibilidad de la adopción de un Instrumento Jurídicamente Vinculante (Binding Treaty)" Jueces para la Democracia, N. 92.

9 V. gr., GUAMÁN, A. (2018), "Derechos humanos y empresas transnacionales: la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante", *Revista de Derecho Social*, n.º. 81; GUAMÁN, A. (2019), "Derechos humanos y empresas transnacionales: las debilidades del tercer pilar derivadas de las normas de promoción de inversiones. El caso Chevron como paradigma de la necesidad del Binding Treaty", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º. 39.

10 V. gr. "IOE, Business at OECD (BIAC) and BusinessEurope position on the Third Revised Draft of the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises" presentado con ocasión de la séptima sesión del Grupo de Trabajo de la Resolución 26/9.

11 Las reticencias respecto de un instrumento internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos por parte de actores como Estados Unidos, la Unión Europea, Japón, Brasil y otros se ha apreciado claramente en la séptima sesión de negociaciones del *Binding Treaty*. Vid. supra, nota 3.

12 VOSS, H. (2020), "Implications of the COVID-19 pandemic for human rights and modern slavery vulnerabilities in global value chains", *Transnational Corporations* Volume 27, Number 2; LEBARON, G. et alt.

miento de las matrices que, aplicando el principio de fuerza mayor, cancelaron o pospusieron unilateralmente los pedidos dejando a los proveedores y a los trabajadores sin ingresos, por valor de billones de dólares. Esta situación ha empeorado la condición de vulnerabilidad de las personas trabajadoras y los riesgos de violaciones de derechos humanos.

Ante esta situación y dada la incapacidad de la comunidad internacional para llegar a un acuerdo sobre una solución de carácter global, que integre tanto obligaciones de medios como de resultado y que asegure la responsabilidad de las ETN por las violaciones cometidas (por ejemplo el *Bindig Treaty*) se ha planteado un mecanismo de menor envergadura y alcance, que permite actuar en el plano de la prevención y que ciertamente no levanta las reticencias empresariales (ni políticas) que se manifiestan ante propuestas de carácter más amplio. Este mecanismo es la diligencia debida en derechos humanos, que fue lanzada por J. Ruggie como el elemento fundamental del Segundo Pilar de los PRNU.

Siguiendo la línea marcada por los Principios, y en las normas de la OCDE que repasaremos en los próximos apartados, a lo largo de los últimos años se ha observado una eclosión de normas nacionales que integran mecanismos de transparencia y de diligencia hacia una “conducta empresarial responsable”. En concreto, podemos señalar las siguientes: Ley de transparencia en las cadenas de suministro (California, 2010); Ley de esclavitud moderna del (Reino Unido, 2015); la Ley de esclavitud moderna (Australia, 2018); Ley de deber de vigilancia (Francia, 2017); Ley sobre trabajo infantil y debida diligencia (Holanda, 2019); la Ley sobre diligencia debida en cadenas de suministro (Alemania, julio 2021); Ley de Transparencia (Noruega, 2021); la Proposición de ley sobre conducta responsable y sostenible de las empresas internacionales (Holanda, en tramitación) y el Proyecto de ley de esclavitud moderna (Canadá, en tramitación). Por su parte, y tras utilizar los mecanismos de transparencia y diligencia en diversas normas sectoriales, la Unión Europea ha tomado la palabra iniciando un proceso hacia una Directiva sobre diligencia debida en derechos humanos obligatoria de carácter horizontal.

La utilidad en materia preventiva de la diligencia debida en derechos humanos y la entusiasta recepción de la misma por instituciones como la Unión Europea e incluso por organizaciones empresariales¹³, no debe opacar su carácter preven-

(2021) The Unequal Impacts of Covid-19 on Global Garment Supply Chains: Evidence from Ethiopia, Honduras, India, and Myanmar. Sheffield: University of Sheffield; ANNER, M. (2020), “Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains” University Park: PennState.

13 Esta aceptación se evidencia con claridad en la consulta pública lanzada por la Comisión que ha recabado 473461 comentarios en su mayoría positivos respecto de la necesidad de una Directiva sobre DDHD. Vid. European Commission. Directorate-General Justice And Consumers (2021) Sustainable corporate governance initiative. Summary report – public consultation. Aun a pesar de que públicamente las patronales europeas han apoyado la iniciativa, debe recordarse que la patronal BusinessEurope manifestó en sendas misivas a la Comisión Europea su enorme preocupación por la futura norma, alertando de su posible impacto negativo sobre el comercio con terceros países y sobre las empresas de la Unión. La patronal señalaba que, en el caso de continuar con el proyecto, debía apostarse por una norma que: se centrara en medios y no en

tivo y complementario, que se evidencia con el análisis que se acomete en los siguientes apartados.

2. DILIGENCIA DEBIDA Y DILIGENCIA DEBIDA EN DERECHOS HUMANOS: ORÍGENES, HISTORIA Y EVOLUCIÓN DE UN CONCEPTO INDEFINIDO

La diligencia debida es un concepto ajeno en su origen al ámbito de los derechos humanos. Su nacimiento se vinculó íntimamente al derecho de la empresa, extendiéndose también en el seno del derecho internacional público y de inversiones. Solo a partir del año 2004 y sobre todo del 2008, la diligencia debida comienza a situarse como concepto importante en la regulación de la dupla “derechos humanos y empresas”.

La debida diligencia como práctica empresarial nació orientada a la evaluación de riesgos empresariales en el ámbito de las transacciones financieras y comerciales¹⁴. El concepto se originó en el derecho estadounidense, tras la gran depresión y como elemento propio del derecho de los mercados financieros, extendiéndose posteriormente al conjunto del derecho de la empresa, en particular al derecho del mercado de valores, orientándose a dotar a las corporaciones de las herramientas y procesos necesarios para evaluar los riesgos en operaciones financieras y para el diseño de su estrategia empresarial, con el objetivo evidente de aumentar los beneficios corporativos.

A pesar de su amplio desarrollo, no hay un concepto definido o delimitado de diligencia debida. La doctrina lo define por su finalidad como “concepto contenedor” orientado a proteger los intereses de la empresa a través de un conjunto de prácticas, procedimientos, protocolos, de análisis y gestión interna que permiten obtener la información necesaria para diseñar las estrategias de la empresa y tomar las decisiones oportunas en el mercado¹⁵.

El concepto de diligencia debida puede encontrarse también en el terreno del derecho de inversiones en diversos aspectos de la protección del inversor extranjero. En concreto, determinados aspectos de las obligaciones estatales res-

resultados; no “trasladara obligaciones” de los Estados a las empresas; estableciera salvaguardas a la competitividad de las empresas UE frente a las de terceros países y que fuera flexible, proporcionada y con especial atención a las PYME. Por añadidura, en sus escritos señalaba que “no es necesario ningún requerimiento normativo europeo adicional para obligar a las direcciones de las empresas a tomar en cuenta la opinión de las partes interesadas en las decisiones corporativas” ya que, en su opinión, una intervención normativa obligatoria “alteraría negativamente un equilibrio de larga duración y equitativo en la estructura de gobernanza de las empresas”. Sobre estas críticas vid. Corporate Europe Observatory (CEO), Amigos de la Tierra Europa y European Coalition for Corporate Justice (ECCJ). *Salir impunes. Cómo presionan las empresas contra la responsabilidad por abusos ambientales y de derechos humanos*. Bruselas, Junio, 2021.

14 Vid. MARTIN-ORTEGA, O. (2014), “Human rights due diligence for corporations: From voluntary standards to hard law at last”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32(1), 44-74. Vid. también MCCORQUODALE, R. (2009), “Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law” *Journal of Business Ethics* N^o. 87.

15 LAMBOOY, T. (2010), “Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights’ (2010) *Netherlands Quarterly of Human Rights* N. 28.

pecto de esta protección como el término “*full protection and security*” incluye la obligación del Estado de actuar con diligencia debida¹⁶. En esta línea, destaca el laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en el caso APPL, donde se señala que “el inversor extranjero, aun en ausencia de tratado, tiene derecho a ser protegido conforme a la diligencia debida por parte del Estado donde invierte, la ruptura de esta obligación comporta la responsabilidad estatal”. Además el tribunal arbitral definió en el laudo el concepto de diligencia debida como “el grado de protección y de seguridad requerido a la vista de lo que debe ser la expectativa legítima de seguridad para un inversor extranjero proporcionada por un Estado moderno razonablemente bien organizado”¹⁷.

Más allá de su desarrollo en el ámbito corporativo, la diligencia debida se ha enraizado en el marco del derecho internacional público¹⁸. En este ámbito, la debida diligencia se define como una obligación de conducta por parte de un sujeto de derecho internacional. Sin espacio para profundizar en esta cuestión, cabe señalar que históricamente el concepto se arraiga en el espacio de la responsabilidad de los Estados respecto de violaciones del derecho internacional realizadas por agentes privados¹⁹. Se trata de actos que no pueden atribuirse a un Estado, es decir, no son violaciones directas del derecho internacional cometidas por un agente estatal, sino perpetradas por un sujeto privado. El incumplimiento por parte del Estado no deriva del acto en concreto sino de la insuficiente diligencia en la prevención y/o sanción del sujeto privado para impedir la comisión de la violación o en su caso repararla²⁰.

3. LA DILIGENCIA DEBIDA EN DERECHOS HUMANOS: SU RECEPCIÓN EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

Señala McCorquodale que la diligencia debida en derechos humanos es un concepto parece hibridar la obligación de debida diligencia de los Estados en relación con las acciones de actores no estatales que violen los derechos

16 BRABANDERE, E.D. (2015), “Host States’ Due Diligence Obligations in International Investment Law”. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. Nº 42. 2.

17 *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, para. 77 (June 27, 1990). Parr. 77.

18 Sobre esta cuestión vid. BARNIDGE, R. (2006), “The due diligence principle under international law”. *International Community Law Review*, 8(1), 81-122.

19 KOIVUROVA, T. (2010), “Due Diligence”. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

20 Como apunta Martín Ortega, el desarrollo de esta obligación de medios se impulsó por la Corte Interamericana de Justicia en casos relacionados con la justicia y la reparación tras los crímenes de las dictaduras latinoamericanas. Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Para un mayor desarrollo son interesantes los siguientes textos: Informe de la Sra. María Grazia Giammarinaro, Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 3 de agosto de 2015, A/70/260. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, de 13 de mayo de 2013, A/HRC/23/49. Para profundizar se remite a MARTIN-ORTEGA, O. (2014), “Human rights due diligence for corporations...”, op. cit.

humanos y la práctica comercial general de debida diligencia²¹. De hecho, esta hibridación se explicitó en los primeros documentos del Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre el tema de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, J. Ruggie sobre la cuestión.

Sin embargo, el primer documento donde se integró la diligencia debida en el ámbito que nos ocupa no fue redactado por Ruggie. Antes de que comenzara la andadura de los Principios Rectores, las Normas sobre responsabilidades de las empresas transnacionales²² ya utilizaron el término, que se integró en el documento explicativo del texto²³. En concreto en el comentario relativo al artículo primero, se señala que “las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tendrán la responsabilidad de ejercer la diligencia debida para asegurar que sus actividades no contribuyan directa o indirectamente a causar perjuicio a los seres humanos y no saquen provecho directo o indirecto de perjuicios de los que tengan o debieran tener conocimiento”. Como puede observarse las normas, que finalmente nunca fueron aprobadas establecían una obligación directa de “asegurar” un resultado. Este enfoque no ha vuelto a aparecer en los textos internacionales que se desarrollan a continuación.

3.1. LA DDDH EN LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

La DDDH ha sido definida como el proceso que todas las empresas deben emprender para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo abordan los impactos potenciales y reales sobre los derechos humanos que causan o a los que contribuyen a través de sus propias actividades o que están directamente vinculados a sus operaciones productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales²⁴.

21 MCCORQUODALE, R. (2009), “Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law” op. cit.

22 Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, documento de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003. Cabe recordar que las Normas fueron aprobadas en el año 2003 por la extinta Subcomisión de Promoción y Protección de los derechos humanos de Naciones Unidas y de manera inmediata recibieron una crítica frontal por la Organización Internacional de Empleadores y la Cámara de Comercio Internacional. Finalmente, la Comisión de derechos humanos rechazó aprobar el documento, que se descartó en 2004. El texto de 2003 se dividía claramente en una parte sustantiva donde se recogían los distintos derechos que debían ser respetados por las multinacionales y una parte procesal donde se indicaban las responsabilidades respecto del cumplimiento del respeto a los derechos reconocidos. Vid. MARTIN-ORTEGA, O. (2014), “Human rights due diligence for corporations...”, op. cit; HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa*. Ed Egoa, Vitoria, 2009, con cita de los documentos presentados por la OIE y la CCI, en 2004.

23 Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2.

24 Alta Comisionada de Naciones Unidas. *UN Human Rights “Issues Paper” on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies*. June 2020.

La paternidad indiscutible del concepto debe atribuirse a J. Ruggie que convirtió la debida diligencia en el elemento central de su conjunto de textos elaborados en 2008 y 2009 y sintetizados posteriormente en los PRNU de 2011. En su Informe de 2008, Ruggie definió la debida diligencia como concepto que describe las medidas que debe tomar una empresa para tener conocimiento, prevenir y responder a los efectos negativos sobre los derechos humanos²⁵. Los cuatro elementos básicos del ejercicio de la DDDH por parte de las empresas se describieron también en este informe y son los siguientes: disponer de una política de derechos humanos, evaluar los efectos en los derechos humanos de las actividades de la empresa, integrar esos valores y conclusiones en las culturas empresariales y los sistemas de gestión, y proceder al seguimiento y la preparación de informes al respecto. El mecanismo se plasmaba claramente como una obligación de esforzarse en prevenir, no de conseguir el de resultado evitar.

Es importante subrayar que, en este texto, el Relator señaló que uno de los aspectos positivos de la inclusión de la debida diligencia es la familiaridad y la habitualidad con la que las empresas utilizan el mecanismo, de hecho, lo compara con los sistemas de información y control para evaluar y gestionar los riesgos financieros y conexos. De esta manera, como también señala Martín Ortega²⁶, Ruggie tradujo la debida diligencia, que las empresas estaban acostumbradas a realizar en su ámbito comercial y organizativo, al ámbito de los derechos humanos²⁷.

Posteriormente, los PRNU integraron la debida diligencia en sus 31 principios, situándola como elemento fundamental del segundo pilar²⁸. El Principio Rector número 15 afirma que las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias. Uno de los procedimientos en concreto es el de DDDH entendiendo este como el proceso que debe llevar a cabo la empresa para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de

25 UNHRC 'Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations; and other business enterprises' (7 April 2008) UN Doc A/HRC/8/5.

26 MARTÍN-ORTEGA, O. (2014), "Human rights due diligence for corporations...", op. cit.

27 Así, el Relator señaló con claridad que "las empresas ejercen habitualmente la debida diligencia para evaluar la exposición a los riesgos ajenos a su voluntad y elaborar estrategias para mitigar esos riesgos, como cambios en las políticas del gobierno, variaciones en las preferencias de los consumidores e incluso pautas meteorológicas. Sean o no controlables, los problemas de derechos humanos derivados del contexto empresarial, sus efectos y sus relaciones, pueden crear riesgos importantes para la empresa y los que están interesados en sus operaciones, y dar lugar a abusos manifiestos que pueden atribuirse a la empresa, justificadamente o no. Por consiguiente, estos problemas deben abordarse con una debida diligencia similar a la que se ejerce con cualquier otro riesgo". UNHRC 'Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights...' op. cit. En un sentido similar, la doctrina ha remarcado que la lógica de la inclusión de este mecanismo es evitar los efectos adversos que las violaciones de derechos humanos pueden tener sobre la empresa y su reputación, Vid. LAMBOOY, T. (2010), "Corporate Due Diligence as a tool..." op. cit.

28 Los tres pilares son: el deber del Estado de proteger frente a abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluyendo las empresas; el deber de las empresas de respetar los derechos humanos; y en tercer lugar la necesidad de un acceso más efectivo de los recursos para las víctimas de abusos de derechos humanos.

cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos. Nótese la ausencia del verbo “evitar” y la presencia de la “mitigación”, concepto complicado cuando se trata de violaciones de derechos humanos que no deberían de mitigarse sino de evitarse. El documento de interpretación de los PRNU indica además que esta diligencia es un “proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos”²⁹.

A continuación, el Principio operativo 17 detalla las obligaciones específicas de las empresas en el ámbito de la diligencia debida, de manera similar al documento de 2008. No se especifican cuáles son las opciones disponibles para que los Estados garanticen la aplicación de estos procesos de diligencia debida por parte de las empresas³⁰. A continuación, el Principio 18 pone el foco en cómo desarrollar la evaluación de riesgos y otros aspectos de la diligencia señalando que: “A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe: a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes; b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación. Por último, el principio 21, señala que “para explicar las medidas que toman para hacer frente a las consecuencias de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben estar preparadas para comunicarlas exteriormente, sobre todo cuando los afectados o sus representantes planteen sus inquietudes³¹. En resumen, y siguiendo a Smit et al.³² es posible afirmar que los PRNU señalan cuatro componentes esenciales en el concepto de diligencia debida: la identificación y evaluación de los impactos actuales y potenciales a los derechos humanos; la integración y actuación según los hallazgos; el seguimiento de la eficacia de las actuaciones y la comunicación de cómo los impactos están siendo direccionados. Este marco de carácter preventivo ha irradiado el conjunto de guías y normas elaboradas con posterioridad, convirtiéndose en la referencia básica para la construcción de la diligencia debida en derechos humanos tanto a nivel supranacional como en el ámbito estatal.

29 Vid. Alto Comisionado Derechos Humanos “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación” Naciones Unidas, 2012.

30 DE SCHUTTER, O. et al. (2012) *Human Rights Due Diligence: The Role of States*. International Corporate Accountability Roundtable, European Coalition for Corporate Justice and Canadian Network on Corporate Accountability.

31 Para una correcta comprensión de estos Principios es fundamental leerlos junto con los comentarios que llevan adjuntos, que por razones de espacio se han dejado fuera del presente análisis.

32 SMIT, L. et al. (2020) *Study on due diligence requirements through the supply chain. FINAL REPORT*, European Commission.

3.2. LA DDDH EN EL ÁMBITO DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE) Y DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

En el marco de la OCDE, el documento principal son las Líneas Directrices sobre Empresas Multinacionales. El 21 de junio de 1976, los 24 estados miembros de la OCDE aprobaron la Declaración sobre la Inversión Internacional y Empresas Multinacionales que contenía la recomendación a las empresas multinacionales que operan en sus territorios de observar dichas Directrices³³ que se presentaron como un anexo a la Declaración de 1976. El texto fue revisado en 1979, 1984, 1991, 2000 y en 2011, en esta última ocasión para adaptarlas a los PRNU. Para ello se integró un nuevo capítulo sobre derechos humanos, y un enfoque del principio de la debida diligencia y de la gestión responsable de la cadena de suministro³⁴.

El texto actualmente vigente, tras la revisión de 2011, integra dos grandes partes. La Parte I, denominada “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales Recomendaciones para una conducta empresarial responsable en el contexto global” incorpora un Prefacio y once títulos que abordan los conceptos y principios, los principios generales, la divulgación de información, los derechos humanos, el empleo y las relaciones laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión, competencia, los intereses de los consumidores, la ciencia y tecnología, la competencia, y las cuestiones tributarias.

El objetivo principal de las Directrices de la OCDE es establecer líneas generales de comportamiento facilitar la resolución de disputas a nivel empresarial a través de la mediación y la conciliación, en ningún caso establecer responsabilidades directas para las empresas y por tanto no son una alternativa a las obligaciones que puedan establecerse en leyes o tratados³⁵. A diferencia de los Principios Rectores, las Directrices son vinculantes para los gobiernos en virtud de su adhesión a la Declaración de la OCDE sobre Inversiones Internacionales. Las empresas pueden adherirse a las Directrices a través de su representación en el Comité Asesor de Negocios e Inversiones de la OCDE, pero no es un requisito para que se incluyan dentro del ámbito de actuación de la Declaración. Como se ha señalado por la doctrina “las Directrices son voluntarias pero no opcionales”³⁶.

33 La versión actual de estas líneas es la siguiente: OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

34 Su versión actual fue adoptada el 25 de mayo de 2011 en la Reunión Ministerial conmemorativa del 50 Aniversario de la OCDE.

35 BACCARO, L., MELE, V. (2011), “For lack of anything better? International Organizations and Global Corporate Codes” *Public Administration*, 89: 451-470.

36 HORN, N. (1981), “International rules for multinational enterprises: The ICC, OECD, and ILO initiatives” *American University Law Review*, 30(4), 923-940.

La diligencia debida se encuentra claramente establecida en el Principio 10 de las Directrices con perfil propio y destacado³⁷: “se entiende por debida diligencia el proceso que, como parte integrante de sus criterios para la toma de decisiones, permite a las empresas identificar, prevenir y atenuar los impactos negativos, reales o potenciales, de sus actividades, así como informar de la manera en que abordan estos impactos. Como proceso, se indica que la debida diligencia puede integrarse en otros sistemas de gestión de riesgo existentes en la empresa siempre que no se limite meramente a identificar y gestionar riesgos significativos para la propia empresa, sino que incluya también los riesgos de impactos negativos en los temas contemplados en las Directrices.

En cuanto a la respuesta a los impactos que se detecten mediante la aplicación de la diligencia, las Directrices entienden que, cuando dichos impactos sean potenciales, los mismos deben ser tratados a través de medidas de prevención o atenuación mientras que los impactos reales serán tratados con medios de reparación. Los comentarios remarcan que se incluyen los impactos originados por las empresas o que estas contribuyen a generar, o a aquellos que están directamente relacionados con sus actividades, productos o servicios, en virtud de una relación comercial y que, en todo caso la contribución debe ser “sustancial” es decir, deberá ser una actividad que provoque, facilite o incite a otra entidad a provocar un impacto negativo incidencia negativa y excluye las contribuciones menores o triviales. El texto entiende por “relación comercial” toda relación con socios comerciales, entidades que pertenezcan a la cadena de suministro o cualquier otra entidad pública o privada, directamente ligada a sus actividades comerciales, productos o servicios. La inclusión de términos como “sustancial”, “directamente relacionados” o “colaboración sustancial” se orientan a limitar la extensión de la responsabilidad a lo largo de la cadena y esto evidentemente puede restar potencia al mecanismo.

Las Directrices advierten, como los PRNU, que la naturaleza y el alcance de la debida diligencia (entendida como las medidas específicas que deban tomarse) va a depender de determinados factores, como el tamaño de la empresa, el contexto en el que se desarrollan sus operaciones, la gravedad de los impactos negativos, etc.

Además, las propias Directrices recomiendan evitar una dinámica que se encuentra presente en algunas normas de diligencia debida recientemente aprobadas³⁸ y que implica diferenciar el nivel de diligencia según el lugar que ocupe el pro-

37 La organización publicó una serie de comentarios al texto, que fueron adoptados por el Comité de Inversiones en una sesión ampliada, en la que se incluyó a los ocho países no miembros adherentes con el fin de proporcionar información y aclaraciones sobre el texto pero que no forman parte de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Aun así, dada la utilidad de estos comentarios, el análisis que sigue va a incluir sus puntos fundamentales

38 Esta diferenciación de las obligaciones de diligencia debida de la matriz según se trate de los proveedores de primer, segundo u otros niveles la encontramos en Ley alemana sobre la debida diligencia corporativa en las cadenas de suministro, publicada en el Boletín Oficial el 22 de julio de 2021.

veedor. En sentido contrario, se indica que, cuando las empresas tienen un gran número de proveedores, se aconseja identificar las áreas generales en las que el riesgo de impactos negativos sea más significativo y, a partir de esta evaluación del riesgo, implementar el proceso de debida diligencia, de manera prioritaria, sobre ciertos proveedores. Esto implicaría, de ponerse efectivamente en marcha, priorizar la evaluación de riesgos en los eslabones más bajos de las cadenas.

Por último, las empresas deben evitar generar o contribuir a generar impactos negativos, así como prevenir y eliminar los riesgos existentes en las operaciones de sus cadenas de suministro. El comentario señala que las relaciones en la cadena de suministro pueden tener formas diversas; por ejemplo, franquicias, contratos de licencia o subcontratación. Las propias entidades de la cadena de suministro, a menudo, son empresas multinacionales que ejercen sus actividades en o desde un país adherente a la Declaración y, por ello, también están cubiertas por las Directrices. Además, las empresas deben usar su influencia para mitigar los impactos residuales en la medida de lo posible y se considerará que existe influencia cuando la empresa tiene la capacidad de modificar las prácticas negativas de la entidad responsable del daño. Esta capacidad es un concepto fundamental para poder extender la responsabilidad. Como ha señalado LeBaron, la lejanía entre las matrices y los centros donde se elabora su producción no implica en absoluto una ausencia de conocimiento y de capacidad para evitar tales violaciones y mucho menos de responsabilidad por las mismas. Lo cierto, como acertadamente indica la autora, es que las matrices ejercen una clara dirección sobre sus proveedores de primer nivel respecto de los productos que encargan y configuran en buena medida las condiciones en las que se fabrican toda su producción³⁹.

Tras las sucesivas modificaciones de las Directrices y con la finalidad de promover la observancia efectiva de las Directrices, la OCDE ha publicado una serie de guías sectoriales sobre diligencia debida, como apoyo para que las empresas desarrollen las dinámicas antedichas de identificación y abordaje de los riesgos relativos a los aspectos considerados en el texto base de las Directrices existentes a lo largo de sus cadenas. La primera de las guías fue la “Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo”. Tras esta primera guía se adoptaron otros textos que se centran en el sector agrícola⁴⁰; textil y calzado⁴¹; peores formas de trabajo infantil en las cadenas de suministro de minerales⁴²; sector financiero⁴³;

39 LEBARON, G. (2014), “Subcontracting is not illegal, but is it unethical? op. cit.

40 OECD/FAO (2016), OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains, OECD Publishing, Paris.

41 OECD (2018), OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector, OECD Publishing, Paris.

42 OECD (2017), OECD Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains, OECD Publishing, Paris.

43 OECD (2017), OECD Responsible business conduct for institutional investors: Key considerations for due diligence under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing, Paris.

participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo⁴⁴ y préstamos empresariales y un aseguramiento de valores responsables⁴⁵. Además el 31 de mayo de 2018 la OCDE publicó la Guía de diligencia debida para una conducta empresarial responsable⁴⁶, cuyo análisis no se puede abordar aquí de manera detallada pero que sin duda reviste un especial interés para entender el contenido concreto del mecanismo.

El procedimiento para la implementación de las Directrices son los puntos de contacto nacional (PNC). Una de las funciones esenciales de los mismos es la resolución de las discrepancias en la aplicación de las Directrices. Los PNC deben constituirse en foros para el debate y asistirán al sector empresarial, a las organizaciones de trabajadores, otras organizaciones no gubernamentales y otras partes interesadas que pretendan resolver las cuestiones planteadas de manera eficaz y oportuna y de conformidad con la legislación aplicable. Los PNC podrían sin duda ser un buen elemento para fomentar la aplicación de la diligencia debida pero, atendiendo al menos al caso español, su actual funcionamiento no puede ser calificado en absoluto de exitoso⁴⁷. De hecho, no existe ninguna información pública ni de su composición, ni de sus reuniones o actividades de promoción e información. Tampoco existe ninguna información sobre actividades de promoción desde el año 2018 y, en los años anteriores, aparentemente no se realizó ninguna actividad de promoción del uso de las guías de diligencia debida, tal y como mandatan las resoluciones del Consejo de la OCDE donde se respaldan las guías mencionadas.

La información existente en su web, por otro lado también disponible en las bases de datos de la OCDE, indica que el PNC español ha tramitado 7 casos en total desde su creación en 2001⁴⁸. Sobre los cuatro primeros no hay ningún tipo de documentación disponible en la sede virtual del PNC, los resúmenes indican que en solo uno de ellos se llegó a un acuerdo entre ambas partes, el resto se cerraron. Respecto de los otros tres casos, uno de 2013 y dos de 2017, se han publicado resoluciones que evidencia una limitadísima actividad que no cumple con las líneas de actuación establecidas por la OCDE para estos puntos⁴⁹.

44 OECD (2017), OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector, OECD Publishing, Paris.

45 OECD (2019), OECD Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key considerations for banks implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprise, OECD Publishing, Paris.

46 OECD (2018), OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, OECD Publishing, Paris.

47 El PNC fue creado por la Orden PRE/2167/2014, de 11 de noviembre, que regula su composición y funcionamiento. Su Guía de Procedimiento puede encontrarse en <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/punto-nacional-contacto-lineas-directrices/PDF/Guia-Procedimiento-PNC-15-11-20.pdf>

48 La base de datos se encuentra disponible en: https://comercio.gob.es/InversionesExteriores/PNCLD/Casos_tratados_PNCs/Paginas/default.aspx

49 Vid. OECD (2019), Guide for National Contacts Points on the Initial Assessment of Specific Instances, OECD Guidelines for Multinational Enterprises.

Más allá de la OCDE, este repaso a la inclusión de los mecanismos de diligencia debida en el ámbito internacional no puede dejar de mencionar la Declaración tripartita de principios de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social⁵⁰ (Declaración EMN). Como ha señalado la propia OIT, la Declaración EMN es el instrumento de la organización para proporcionar una orientación directa a las empresas en lo que respecta a la política social y a prácticas incluyentes, responsables y sostenibles en el lugar de trabajo. Su objetivo es, de manera similar a las Directrices OCDE⁵¹, fomentar la contribución *positiva* que las empresas multinacionales pueden aportar al progreso económico y social y a la consecución del trabajo decente, y minimizar y resolver las dificultades (los crímenes no se mencionan) a que pueden dar lugar las operaciones de estas empresas. Sus principios van dirigidos a las ETN, a los gobiernos en su conjunto, tanto de los países que acogen la producción descentralizada como a aquellos donde están instaladas las matrices y a las organizaciones de empresarios y trabajadores.

La Declaración ha sido reformada en múltiples ocasiones⁵². En la actualidad está estructurada en un preámbulo; un apartado destinado al objeto y al ámbito de aplicación; cinco ámbitos temáticos: política general, empleo, formación, condiciones de trabajo y de vida y relaciones de trabajo; un anexo I que contiene la lista de declaraciones, convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, repertorios de recomendaciones prácticas, directrices y otros documentos de orientación de la OIT relacionados con la Declaración EMN; y un Anexo II con las herramientas prácticas, incluyendo el Procedimiento para el examen de conflictos relativos a la aplicación de la Declaración EMN mediante la interpretación de sus disposiciones.

En la materia que nos ocupa, la Declaración hace una mención expresa a los PRNU y afirma que las empresas deberían proceder con la debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar sus consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos reconocidos internacionalmente y rendir cuentas de cómo abordan dichas consecuencias. Asimismo, se establece que los procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos deberían incluir con-

50 OIT (2017) *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social* - 5ª edición (marzo de 2017).

51 Ambos textos dialogan en sus disposiciones. Las Directrices OCDE advierten que no hay conflicto en su relación con el documento de la OIT, ambos textos actúan en paralelo y el segundo es, según la OCDE, un instrumento de detalle. Además, la OCDE indica expresamente que “los procedimientos de seguimiento de la Declaración de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y de las Directrices no competen a los mismos órganos”.

52 La primera modificación tuvo lugar tras la 279ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en noviembre del año 2000, se incluyó en el texto la necesaria referencia a la recién aprobada Declaración de los Principios y Derechos Laborales Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento; posteriormente en la 295ª reunión de la CIT en marzo de 2006 se incluyó la referencia al Pacto Mundial, a los Objetivos del Milenio y al Programa Global de Empleo. En el Consejo de Administración de la OIT de 2014 se incluyó un nuevo mecanismo de seguimiento a la Declaración EMN para permitir un aumento de las actividades promocionales y de capacitación y el establecimiento del mecanismo de compilación de datos que fomenta las discusiones sobre políticas entre gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores, en el marco de las Reuniones Regionales de la OIT. En el año 2017 esta Declaración fue actualizada.

sultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas pertinentes, incluidas las organizaciones de trabajadores. Las empresas multinacionales también deberían utilizar su poder de influencia para alentar a sus socios comerciales a proporcionar medios eficaces de reparación para las violaciones de derechos humanos internacionalmente reconocido⁵³. Además, la Declaración *alienta* a los mandantes nacionales a que designen puntos focales nacionales sobre una base tripartita. Las actividades de estos puntos son puramente de “promoción” de los principios de la Declaración (sensibilización, capacitación, información, diálogo). Hasta el momento, y según la información publicada por la OIT, han designado puntos focales nacionales los siguientes países: Costa de Marfil, Jamaica, Noruega, Pakistán, Portugal, Senegal y Sierra Leona. La insuficiencia de este listado da una medida de la falta de interés por este mecanismo a nivel estatal.

Además de los documentos señalados y en la misma línea de no vinculabilidad, cabe recoger la Recomendación del Consejo de Europa aprobada en marzo de 2016 sobre los derechos humanos y las empresas⁵⁴. En su párrafo 20, la Recomendación afirma que los Estados miembros deberían aplicar todas las medidas necesarias para alentar y, en su caso, exigir que las empresas domiciliadas en su jurisdicción y las que realizan actividades comerciales importantes dentro de su jurisdicción demuestren la debida diligencia en materia de derechos humanos en el conjunto de sus actividades.

4. LA REGULACIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL CAMINO HACIA LA DIRECTIVA SOBRE DDDH

Como ha señalado la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su documento de 2020 sobre diligencia debida, no existe un único modelo para la DDDH, al contrario, la traslación de las obligaciones de los PRNU a normas vinculantes se ha ensayado de diferentes maneras, tanto en el ámbito estatal como en el derecho de la UE y sus Estados miembros⁵⁵.

53 En concreto, la Declaración señala que “las empresas, incluidas las empresas multinacionales, deberían proceder con la debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar sus consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos reconocidos internacionalmente, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y rendir cuentas de cómo abordan dichas consecuencias”. A efectos de calibrar estos riesgos, la Declaración señala que las empresas “deberían” detectar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas, ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Para ello, se “deberían” realizar consultas sustantivas con “los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas pertinentes, incluidas las organizaciones de trabajadores, según proceda, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación”, mencionando expresamente la importancia de la libertad sindical, la negociación colectiva y el diálogo social.

54 La Resolución fue adoptada por el Comité de Ministros el 2 de marzo de 2016 en la 1249ª reunión de los delegados de los ministros.

55 Alta Comisionada de Naciones Unidas. *UN Human Rights “Issues Paper” on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies*. June 2020.

En el mismo informe, se define “DDDH obligatoria” como “el uso de la ley para obligar a las empresas a tomar medidas proactivas para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo abordan sus impactos adversos sobre los derechos humanos”. También encontramos en este texto la clara diferenciación entre los sistemas de DDDH y los mecanismos de presentación de informes sobre derechos humanos, que a diferencia de los primeros no establecen obligaciones explícitas de llevar a cabo actuaciones de prevención sino únicamente la comunicación de información.

En el ámbito de la UE existen en la actualidad diversas normas sobre responsabilidad empresarial que incluyen los dos modelos señalados (*reporting* y DDDH), con diversos grados de exigencia y obligatoriedad. Como señalábamos en la introducción, la Comisión ha comenzado procesos de revisión de estos marcos normativos, vinculándolos especialmente con la materia ambiental, a efectos de reforzar o dotar de obligatoriedad los mecanismos señalados, al tiempo que prepara una nueva Directiva en DDDH.

4.1. LA EVOLUCIÓN HACIA LA DDDH OBLIGATORIA A TRAVÉS DE NORMAS SECTORIALES

La norma decana en la introducción de la diligencia debida sobre materias no financieras es el Reglamento (UE) n° 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera⁵⁶. Este Reglamento prohíbe la comercialización de madera aprovechada ilegalmente o de productos derivados de esa madera. A tal fin los agentes ejercerán la diligencia debida cuando comercialicen madera o productos de madera y utilizarán un marco de procedimientos y medidas denominado «sistema de diligencia debida». Uno de los objetivos señalados por el Reglamento es la lucha contra la tala ilegal, siendo evidente que la norma está protegiendo el mercado interior de la competencia desleal. Su ámbito subjetivo se refiere a los agentes comerciales de los productos antedichos y las obligaciones respecto de la diligencia debida se introducen en los artículos 4 y 6. Según este último, los tres elementos fundamentales del sistema son el acceso a la información, la evaluación del riesgo por el agente y la reducción del riesgo.

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones cada Estado debe designar unas autoridades de supervisión y establecer las sanciones preceptivas por el incumplimiento, que se detallan en el artículo 19. Estas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y podrán incluir, entre otras medidas,

⁵⁶ El artículo 20 de este Reglamento, relativo al seguimiento de la aplicación y el acceso a la información, fue modificado por el Reglamento (UE) 2019/1010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativo a la adaptación de las obligaciones de información en el ámbito de la legislación relativa al medio ambiente.

las multas proporcionales, la incautación de la madera y la suspensión de la autorización de realizar actividades comerciales. Las sanciones ya impuestas en algunos Estados miembros incluyen el bloqueo del transporte marítimo sospechoso de madera procedente de Myanmar o Gambia, así como las multas impuestas a los operadores de Francia y Bélgica.

Otro texto de obligada mención es el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro en lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo. La aplicación de las obligaciones fundamentales establecidas en el Reglamento comenzó el 1 de enero de 2021⁵⁷.

La finalidad de la norma, según su propio Preámbulo, es diversa. Se señala expresamente la voluntad de eliminar la financiación de los grupos armados; la defensa del consumidor europeo que desearían evitar verse indirectamente relacionado con conflictos que tienen serias repercusiones en los derechos humanos; la protección de las empresas europeas frente a la competencia desleal: la garantía de un acceso fiable y sin distorsiones a las materias primas como factor importante para la competitividad de la Unión; la transparencia o la seguridad jurídica.

Con estos variados objetivos, el Reglamento define la diligencia debida en la cadena de suministro⁵⁸ como un proceso continuo, proactivo y reactivo, a través del cual los agentes económicos supervisan y administran sus compraventas con el fin de garantizar que no contribuyan a conflictos o a los efectos negativos de estos. Dentro de la diligencia se incluyen las obligaciones de los importadores en relación con sus sistemas de gestión, su gestión de riesgos, las auditorías externas independientes y la comunicación de información con el fin de identificar y abordar los riesgos reales y potenciales vinculados a las zonas de conflicto o de alto riesgo para impedir o reducir los efectos negativos asociados a sus actividades de abastecimiento. Es fundamental también la definición de “programa de diligencia debida”, entendiéndolo como tal la “combinación de procedimientos, herramientas o mecanismos de carácter voluntario en materia de diligencia debida en la cadena de suministro, incluidas las auditorías externas independientes, desarrollados y supervisados por los gobiernos, asociaciones

57 Vid. Art. 20.3 del Reglamento: “El artículo 1, apartado 5, el artículo 3, apartados 1 y 2, los artículos 4 a 7, el artículo 8, apartados 6 y 7, el artículo 10, apartado 3, el artículo 11, apartados 1, 2, 3 y 4, los artículos 12 y 13, el artículo 16, apartado 3, y el artículo 17 serán aplicables a partir del 1 de enero de 2021.” Además, el 11 de enero de 2019 se adoptó el Reglamento Delegado de la Comisión, (UE) 2019/429, por el que se complementa el anterior en lo relativo a la metodología y los criterios para la evaluación y el reconocimiento de los programas de diligencia debida.

58 El Reglamento define “cadena de suministro de minerales” como el “sistema de actividades, organizaciones, actores, tecnologías, información, recursos y servicios que opere en el desplazamiento y procesamiento de los minerales desde el lugar de extracción hasta su incorporación en el producto final”.

sectoriales o agrupaciones de organizaciones interesadas”. Además, el Reglamento Delegado reenvía a la metodología de la OCDE, dotando así de obligatoriedad y exigibilidad jurídica a un texto no vinculante.

En cuanto a las autoridades encargadas de supervisar el cumplimiento del Reglamento, los Estados deben designar a una o varias autoridades competentes trasladando dicha información a la Comisión para su publicidad (art. 10). Tales autoridades, además, están habilitadas por el Reglamento (y compelidas a ello) para realizar controles posteriores sobre las empresas importadoras en cuanto al cumplimiento efectivo de sus obligaciones de diligencia debida (art. 11). Los Estados, serán los encargados de perseguir las infracciones y de imponer las sanciones, pero el Reglamento deja abierto el alcance y procedimiento sancionatorio. El Reglamento entró en vigor en enero de 2021, su impacto aún no puede evaluarse pero pueden encontrarse opiniones encontradas respecto de los posibles efectos no deseados como el desplazamiento del comercio de unos lugares a otros con la repercusión a las y los trabajadores⁵⁹.

Por último y de especial interés, encontramos el proceso de revisión de la Directiva sobre divulgación de información no financiera⁶⁰. Este texto no introdujo un mecanismo de diligencia debida como tal sino la obligación a determinadas empresas de divulgar información, como mínimo, sobre cuestiones medioambientales, sociales y de personal, el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno. Esta información debe incluir una descripción de las políticas, resultados y riesgos vinculados a esas cuestiones y una descripción de los procedimientos de diligencia debida aplicados por la empresa. La norma prevé un mecanismo de “cumplir o explicar” que permite a las empresas eludir la responsabilidad de informar aportando una explicación de las razones de no hacerlo⁶¹.

Las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva son las grandes entidades de interés público con un número medio de personas trabajadoras superior a 500 y a las entidades de interés público que sean sociedades matrices de un gran grupo, con similar número de fuerza de trabajo. La norma exime a las filiales de sus obligaciones de divulgar información si su empresa matriz ya lo hace en relación con todo el grupo, incluidas las filiales.

La Comisión se comprometió a proponer una revisión de la Directiva en el Pacto Verde Europeo y en su programa de trabajo para 2020 (COM(2020) 440 final),

59 MARTIN-ORTEGA, O. (2014), “Human rights due diligence for corporations...” op. cit.

60 Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. La Comisión publicó directrices de información no vinculantes para las empresas en 2017 (C(2017) 4234 final) y en 2019 publicó directrices adicionales sobre la presentación de información relacionada con el clima (C(2019) 4490 final).

61 Art. 19. Bis. 1 *in fine*: “En el caso de que la empresa no aplique ninguna política en relación con una o varias de esas cuestiones, el estado no financiero ofrecerá una explicación clara y motivada al respecto”.

aceptando con claridad los insuficientes resultados de las normas señaladas. En abril de 2021, la Comisión presentó una propuesta de modificación de la Directiva, incluyendo la diligencia debida⁶². En el considerando 27 de la propuesta se indica expresamente que el proceso de diligencia debida es aquel que llevan a cabo las empresas para detectar, prevenir, mitigar y reparar los principales efectos negativos reales y potenciales relacionados con sus actividades y que determina cómo subsanan esos efectos. Además se acoge el término “cadena de valor”, englobando las “cadenas de suministro” en el mismo, de la siguiente manera: “el proceso de diligencia debida se refiere a toda la cadena de valor de la empresa, incluidas sus propias operaciones, sus productos y servicios, sus relaciones comerciales y sus cadenas de suministro”⁶³.

4.2. EL PROCESO HACIA UNA DIRECTIVA DE DDDH HORIZONTAL

Conscientes de las debilidades de los mecanismos señalados en las páginas anteriores, las instituciones de la Unión comenzaron a posicionar la necesidad de una norma de carácter horizontal que asentara la DDDH de manera obligatoria. Aunque esta cuestión ha ocupado un lugar central en el debate desde el año 2020, su presencia entre las instituciones de la UE no es nueva. Ya en el año 2016, las Conclusiones del Consejo sobre empresas y derechos humanos vinculaban la diligencia debida a la implementación de los PRNU y alentaba la intención de Comisión de poner en marcha un plan de acción de la UE sobre conducta empresarial responsable, donde debía integrarse la aplicación de los PRNU “incluso en lo que respecta a la diligencia debida y el acceso a la reparación, y proporcionar un marco político general”. El Consejo también señaló que la responsabilidad corporativa implica el respeto por parte de las empresas de los PRNU y de las Directrices OCDE y la Declaración OIT, integrando la DDDH en su funcionamiento⁶⁴.

62 Literalmente, la Comisión afirmó que “en la actualidad, la información comunicada por las empresas no responde a las necesidades de los usuarios (inversores, sociedad civil y otros). Algunas empresas de las que los usuarios necesitan información no informan. Incluso cuando las empresas informan, la información no suele ser suficientemente pertinente, comparable, fiable o fácil de acceder y utilizar. (...) La falta de información no financiera adecuada para los inversores y la sociedad civil genera riesgos de inversión, inhibe la afluencia de flujos financieros a las actividades que abordan la crisis de la sostenibilidad y crea una brecha de rendición de cuentas entre las empresas y la sociedad. Los encargados de elaborar información (empresas declarantes) incurren en costes innecesarios debido a la incertidumbre sobre qué notificar y la información que demandan las partes interesadas al margen de lo que las empresas notifican públicamente”.

63 En concreto, respecto del tema que nos ocupa, la propuesta incluye una amplia modificación del artículo 19 (insertando un 19 *ter*, 19 *quater* y 19 *quinquies*), estableciendo la obligación de las grandes empresas (a partir del 1 de enero de 2026 también determinadas pequeñas y medianas empresas) de incluir en el informe de gestión la información necesaria para comprender el impacto de la empresa en las cuestiones de sostenibilidad, incluyendo en la información una descripción del proceso de diligencia debida aplicado en relación con las cuestiones de sostenibilidad. Dentro de sostenibilidad, y según lo que indica el 19 *bis* de la propuesta, se incluyen factores ambientales y sociales.

64 Council of the European Union (2016), Council Conclusions on business and human rights, No. 10254/16, 20 June 2016.

La propuesta tomó consistencia vinculada al concepto de “gobierno corporativo sostenible”. La DDDH se posicionaba así como una vía para vincular las actuaciones empresariales a la “sostenibilidad”, y fue apareciendo en múltiples textos de las instituciones de la Unión que ha ido posicionando el concepto en el terreno de juego mediático e institucional. La Comisión entró de lleno en el debate con el encargo de un estudio sobre diligencia debida en las cadenas de suministro de importancia fundamental para la construcción del concepto, en el año 2020⁶⁵. El análisis integra además una aproximación comparada país por país, cuyas conclusiones se comentarán también a lo largo de las siguientes páginas.

La Comisión integró también la diligencia debida en su Plan de Acción de Derechos Humanos y Democracia 2020-2024, con tres líneas. Por un lado, vincula el mecanismo de diligencia a la erradicación del trabajo forzoso y a la promoción de los derechos laborales mencionando expresamente las cadenas mundiales de suministro y los esfuerzos para promover la ratificación del Protocolo relativo al trabajo forzoso de la OIT; por otro lado, afirma la necesidad de elaborar una política de la UE relativa a la DDDH a fin de garantizar que “el apoyo del sector de la seguridad de la UE, en particular en el contexto de las misiones y operaciones de la PCSD, sea conforme con el Derecho internacional en materia de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”; por último, y más extenso, encuadra la diligencia debida en el ámbito de la colaboración con el sector empresarial, integrando la diligencia con otras líneas como la lucha contra la corrupción, la responsabilidad social, la rendición de cuentas, etc.

Por su parte, la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA por sus siglas en inglés) entró también en la cuestión vinculando, tangencialmente, la diligencia debida a la cuestión de la reparación y al desarrollo del tercer pilar de los PRNU en su informe del año 2020⁶⁶. La Agencia recomendó que la futura legislación sobre diligencia debida horizontal obligatoria debe cubrir las violaciones de los derechos humanos y el medio ambiente causados por las empresas basadas en la UE respecto de sus actividades en el exterior. También debería establecer consecuencias para las empresas que no cumplan con las obligaciones de diligencia y asegurar el acceso a los remedios por las víctimas. El informe remarca asimismo que las obligaciones de DDDH deben aplicarse por las empresas en sus actividades dentro y fuera de la UE y que la legislación futura debe asegurar la participación de la sociedad civil.

En el mes de abril de 2020, el Comisario de Justicia de la UE anunció la intención de la Comisión de presentar una iniciativa legislativa sobre la diligencia debida obligatoria para las empresas en relación con los potenciales impactos en los derechos humanos y ambientales de sus operaciones y de sus cadenas, en

65 SMIT, L. et al. (2020) Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report, European Commission.

66 European Union Agency for Fundamental Rights (2020) *Business and Human Rights – Access to remedy*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

una reunión del Grupo de Trabajo sobre Conducta Empresarial Responsable del Parlamento Europeo. También señaló que la norma tendría carácter horizontal y contendría sanciones por el incumplimiento. Por su parte, también en 2020, el Parlamento también vinculó la gobernanza empresarial sostenible en la Unión con la necesidad no solo de revisar la Directiva sobre divulgación de información no financiera sino de impulsar una nueva legislación sobre la diligencia debida y las obligaciones de los consejeros⁶⁷. La nueva normativa se propone así de manera complementaria con la revisión de la ya existente sobre transparencia e información no financiera.

En julio del 2020 la Comisión lanzó la consulta pública para conocer la opinión de las partes interesadas sobre una nueva normativa “gobernanza empresarial sostenible”⁶⁸ que integró en su plan de actuación para el 2021⁶⁹. El objetivo de esta nueva normativa será “alinear mejor los intereses de las empresas, sus accionistas, los gestores, las partes interesadas y la sociedad”, dicha norma “ayudaría a las empresas a gestionar mejor las cuestiones relacionadas con la sostenibilidad en sus propias operaciones y cadenas de valor en lo que respecta a los derechos sociales y humanos, el cambio climático, el medio ambiente, etc.”.

La consulta pública incluyó una mención específica a la DDDH y sus resultados evidencian un fuerte consenso sobre la oportunidad de adoptar una directiva estableciendo un marco obligatorio de diligencia debida⁷⁰. Recogiendo la idea, el Parlamento Europeo impulsó el debate y aprobó el 10 de marzo de 2021 una Resolución con “Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa”, que incluye un texto articulado⁷¹ cuyo análisis se aborda en las siguientes páginas. La Comisión Europea respondió a la propuesta del Parlamento en junio del mismo año, con una serie de consideraciones a la propuesta

La resolución del Parlamento Europeo es un documento extenso, con 28 considerandos, 34 consideraciones y un anexo donde se incluyen las recomendaciones para elaborar una directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa. El informe previo, elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos, incluía también, en el mismo anexo, las recomendaciones para elaborar un reglamento para modificar el

67 Parlamento Europeo (2020) *Informe sobre la gobernanza empresarial sostenible* [2020/2137(INI)].

68 La información está disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Gobernanza-empresarial-sostenible_es

69 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Programa de trabajo de la Comisión para 2021 “Una Unión de vitalidad en un mundo de fragilidad”. COM(2020) 690 final. Bruselas, 19.10.2020. El plan incluye el siguiente párrafo: “Se propondrá legislación sobre gobernanza empresarial sostenible para fomentar un comportamiento empresarial sostenible y responsable a largo plazo”.

70 La información sobre la consulta está disponible en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_en

71 Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa [2020/2129(INL)].

reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I) y el relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)⁷².

En sus recomendaciones sobre diligencia debida, el Parlamento conmina a la Comisión a presentar una propuesta legislativa sobre la diligencia debida obligatoria en la cadena de suministro. Las bases jurídicas de la propuesta deberían ser los artículos 50 (libertad de establecimiento), 83.2 (sobre aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal) y 114 (procedimiento legislativo ordinario y aproximación de legislaciones) del TFUE.

Entre el conjunto de motivaciones, el Parlamento destaca que la existencia de diferentes legislaciones estatales, aprobadas y en curso, evidencia la necesidad de evitar la dispersión y de mejorar la seguridad jurídica, mediante un enfoque conjunto de toda la UE que evite el *dumping* y la competencia desleal, afirmando que la falta de una legislación armonizada en materia de diligencia debida de las empresas pone en peligro las condiciones de competencia equitativas de las empresas que operan en la Unión.

En los considerandos de la propuesta de texto articulado, ni más ni menos que 61, se apuntan numerosas líneas interesantes. Por ejemplo, el considerando quinto señala el fracaso de los instrumentos de diligencia debida internacionales en vigor, que no han conseguido ofrecer a las víctimas el acceso a la justicia y a la reparación por culpa de su naturaleza no judicial y voluntaria. Señala en el mismo párrafo que la falta de mecanismos judiciales públicos por los que se considere a las empresas responsables por los daños producidos en sus cadenas de valor no debe y no puede compensarse de forma adecuada mediante el desarrollo de mecanismos de reclamación operativos de carácter privado, preservándose en todo caso el derecho de las víctimas de acceder a la justicia y el derecho a un juicio justo ante tribunales públicos. La Directiva además no sustituiría a la legislación sectorial ni puede entenderse como una vía para limitar la protección de los derechos humanos o del medio ambiente.

El objetivo previsto en la propuesta es garantizar que las empresas comprendidas en su ámbito de aplicación y que operan en el mercado interior cumplan su deber de respetar los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza⁷³ y se les puedan exigir responsabilidades por el incumplimiento de este deber. Además, la directiva tendría como objeto “mejorar el funcionamiento del

72 Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Jurídicos. Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa [2020/2129(INL)]. Ponente: Lara Wolters.

73 En los textos en español publicados por la Unión Europea se utiliza la expresión “buen gobierno” como sinónimos de “buena gobernanza”. La primera traducción no parece adecuada porque no refleja el acervo documental que la UE ha construido sobre la gobernanza sostenible empresarial, que ya han sido comentados en las páginas anteriores.

mercado interior”⁷⁴. Es destacable que la propuesta también integra el objetivo de asegurar el acceso a la justicia de las víctimas y la responsabilidad de las empresas, no por incumplir las obligaciones de diligencia debida sino por “los efectos adversos en los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza que causen o a los que contribuyan en su cadena de valor”. Se volverá sobre esta cuestión en las conclusiones, pero es importante señalar que este objetivo, aun cuando absolutamente necesario, no forma parte en puridad del concepto de diligencia debida. Posiblemente por esta razón el informe inicialmente presentado por la Comisión de Asuntos Jurídicos incluía la reforma de los Reglamentos Bruselas I y Roma II. La Resolución finalmente aprobada dejó caer esta propuesta, pero mantuvo el objetivo en el artículo primero.

La finalidad de la norma sería establecer las obligaciones de diligencia debida, definida como deber de las empresas de adoptar todas las medidas proporcionadas y acordes y esforzarse dentro de sus posibilidades para evitar que se produzcan efectos adversos en los derechos humanos, el medio ambiente o la buena gobernanza en sus cadenas de valor, y abordar adecuadamente tales efectos adversos cuando se produzcan. Esta tríada (derechos humanos, medio ambiente y buena gobernanza) se convierte en uno de los pilares de la norma, que deja claro desde su inicio que sus disposiciones no se limitan a los derechos humanos sino que abordan los derechos vinculados al ambiente y el concepto, ciertamente ambiguo, de buena gobernanza.

La Comisión Europea destacó en su contestación a la propuesta del Parlamento que, sobre la cuestión de los derechos protegidos, es necesario considerar los otros procesos existentes o en curso para asegurar la complementariedad, específicamente respecto del tema ambiental. Además, remarcó que tiene previsto revisar su agenda para el trabajo decente de 2006 y la Comunicación sobre trabajo decente para todos, fortaleciendo el rol de la Unión en este ámbito.

El objetivo de “respetar” la tríada señalada implica dos obligaciones para las empresas (incluyendo las actividades desarrolladas a lo largo de sus cadenas de valor y de sus relaciones comerciales) y una para los Estados. Para las primeras se establece el deber de no causar ni contribuir a causar efectos adversos potenciales o reales y prevenir y en su caso mitigar los mismos. Respecto de los Estados miembros, la propuesta pretende asegurar que en el plano nacional se desarrollen normativamente los procesos de DDDH, así como los mecanismos necesarios para exigir responsabilidades y garantizar el acceso de las víctimas (por fin se utiliza la palabra “víctima”) a los recursos jurídicos.

El artículo dos de la propuesta se ocupa del ámbito de aplicación y deja claro en su primer apartado que las empresas concernidas son las “grandes” reguladas por el Derecho de un Estado miembro o establecidas en el territorio de la Unión.

74 Lo expresa con claridad del artículo primero en su apartado segundo: “Mediante la coordinación de las salvaguardas para la protección de los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno, tales requisitos en materia de diligencia debida tienen por objeto mejorar el funcionamiento del mercado interior”.

Además, la Directiva se aplicaría a todas las pequeñas y medianas empresas que cotizan en el mercado de valores, así como a las pequeñas y medianas empresas de alto riesgo. De igual manera, entran en su ámbito de aplicación todas las empresas anteriores que estén regidas por el Derecho de un tercer país y no se encuentren establecidas en el territorio de la Unión cuando operen en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios.

En su contestación a la propuesta, la Comisión remarca esta inclusión y señala que analizará la cuestión de la inclusión de las PYME y su impacto y señala que considera la posible limitación en función del tamaño o nivel de riesgo del sector o modificar ciertos requisitos en función del principio de proporcionalidad.

El núcleo del texto es el mecanismo de la diligencia, con el enfoque marcado por los PRNU y especialmente por la OCDE. Según la estrategia de diligencia debida que se establece en el artículo cuarto, las empresas deben: identificar, evaluar, prevenir, interrumpir, mitigar, supervisar, comunicar, contabilizar, abordar y corregir los efectos adversos posibles o efectivos que sus propias actividades, las de sus cadenas de valor y las relaciones comerciales pueden plantear. Es especialmente significativa la inclusión de términos como interrumpir o corregir, más contundentes que los utilizados por los PRNU.

La propuesta establece así una doble obligación, dirigida por un lado a los Estados, que deben regular los mecanismos; y por otro, a las empresas (entendemos que a las matrices o principales) que deben identificar y evaluar, mediante una metodología de seguimiento basada en el riesgo, la probabilidad, la gravedad y la urgencia de los efectos potenciales o reales de sus actividades, si estas causan o contribuyen a causar tales efectos adversos potenciales o reales, o si se encuentran directamente vinculadas a ellos. Además, se integran obligaciones de transparencia y revelación de la información pertinente. Sobre la publicación de la información relativa a su cadena y a las acciones, la contestación de la Comisión ha remarcado la necesidad de compatibilizar todas las responsabilidades con las ya existentes y con la propuesta de reforma de la Directiva sobre divulgación de información no financiera ya comentada. Ante todo, señala la necesidad de evitar duplicidades y coordinar las obligaciones de transparencia. Además, remarca que el ámbito de aplicación aquí establecido es más amplio que el de las normas anteriores.

El artículo cuarto recoge la importante cuestión de la extensión de la vigilancia debida a lo largo de la cadena⁷⁵, diferenciando de manera confusa entre las filiales, la cadena, las relaciones comerciales de la entidad matriz y sus contratistas

75 El texto define cadena de valor de la siguiente manera: Cadena de valor: todas las actividades, operaciones, relaciones comerciales y cadenas de inversión de una empresa, incluidas las entidades con las que la empresa mantiene una relación comercial directa o indirecta, en las dos direcciones de la cadena de suministro, y que proporcionan productos, partes de productos o servicios que contribuyan a los productos o servicios propios de la empresa, o reciban productos o servicios de la empresa. También define términos fundamentales como términos como "relaciones comerciales" "proveedor", "subcontratista", o "control" (término fundamental para regulaciones como la francesa).

y proveedores. Así, por un lado, afirma que las filiales que estén incluidas en la estrategia de la matriz quedan eximidas de la obligación de establecer una estrategia propia; por otro lado, las empresas aplicarán una diligencia debida en la cadena de valor “que sea proporcionada y acorde con la probabilidad y la gravedad de sus efectos adversos potenciales o reales y sus circunstancias específicas, en particular su sector de actividad, el tamaño y la longitud de su cadena de valor, la dimensión de la empresa, su capacidad, sus recursos y su influencia”. Además, indica que las empresas deben velar por que sus relaciones comerciales establezcan y lleven a cabo políticas de derechos humanos, medio ambiente y buena gobernanza acordes con su estrategia de diligencia debida y verificarán periódicamente que los subcontratistas y los proveedores se atienden estas obligaciones.

Del conjunto de la propuesta este es el precepto que más dudas despierta. El artículo deriva la obligación de regular a los Estados y establece para las empresas (entendemos que se refiere a las matrices o principales) una serie de obligaciones, pero su redacción no es clara. Se establecen distintas obligaciones en relación a las “relaciones comerciales” y al conjunto de la cadena de valor, lo que genera confusión. Una interpretación amplia indica la voluntad del Parlamento de extender las obligaciones de diligencia a lo largo de la totalidad de la cadena, algo idóneo pero que puede frustrarse si no se indica con claridad la plena inclusión de los eslabones más bajos. Se trata de una de las derivas a evitar según la opinión de la OCDE señalada en epígrafes anteriores.

Es interesante remarcar que la propuesta acoge las recomendaciones de la OIT e integra expresamente en su artículo 5 a las organizaciones sindicales como partes especialmente interesadas, detallando la posibilidad de intervenir en los distintos niveles de acción sindical (sectorial, nacional, europeo y mundial). Las empresas deben mantener “de buena fe” un diálogo eficaz, significativo e informado con las partes interesadas pertinentes al formular y aplicar su estrategia de diligencia debida. El Estado vigilará el cumplimiento de este deber. En particular, dentro de los “stakeholders” se señala a las organizaciones sindicales como parte interesada privilegiada. La participación sindical, y de otros actores, no se detalla completamente, no se establecen procedimientos y se deja en manos de la empresa cuestiones fundamentales como: priorizar el diálogo con las partes interesadas más afectadas (a su elección); conducir el diálogo y procurar la participación de manera acorde a los interlocutores; velar por que las partes interesadas efectiva o potencialmente afectadas no se coloquen en una situación de riesgo debido a su participación en el diálogo señalado. Respecto de los representantes de los trabajadores, la propuesta remite la obligación de información a las vías ya existentes en la normativa comunitaria respecto de la participación de los trabajadores (la información y la consulta, el comité de empresa europeo y la sociedad anónima europea)⁷⁶.

76 Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad

Las obligaciones de la empresa con los sindicatos y representantes de trabajadores incluyen asimismo la de comunicar su estrategia de diligencia debida. También la deberán comunicar a las empresas con las que mantienen relaciones comerciales, y, previa solicitud, a una de las autoridades nacionales designada al efecto. Se asigna así a los sindicatos (en general a las partes interesadas) la evaluación y la revisión de la estrategia de diligencia debida que también tendrán el derecho a participar en la definición de planes de acción sectoriales de diligencia debida, que tendrán carácter voluntario y podrá establecerse a escala nacional o de la UE.

Es de especial interés la mención al pleno respeto del derecho a la negociación colectiva tal y como se reconoce en los Convenios 87 y 98 de la OIT, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, incluyéndose las decisiones del Comité de Libertad de Asociación de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

Por último y como elemento fundamental, la propuesta de Directiva contiene dos vías para impulsar y asegurar su cumplimiento, por un lado, la más común, que depende de los mecanismos internos establecidos por la empresa y de las soluciones extrajudiciales; por otro, y como novedad, las sanciones y la participación del Estado en la garantía de los procedimientos de DDDH. Además, la propuesta advierte que el recurso a un mecanismo de reclamación no impedirá que los reclamantes tengan acceso a mecanismos judiciales. Tampoco la propuesta de reparación puede impedir la incoación de procedimientos civiles de conformidad con el Derecho nacional ni se exigirá el agotamiento de las vías extrajudiciales de manera previa al acceso a un órgano jurisdiccional. Llama la atención, no obstante, el último inciso sobre el tema donde se afirma que: “las decisiones adoptadas en el marco de un mecanismo de reclamación serán debidamente consideradas por los órganos jurisdiccionales, pero no serán vinculantes para ellos”.

Algo similar sucede en los artículos que establecen la responsabilidad civil de las empresas por las violaciones que hayan causado de manera directa o a través de las empresas bajo su control, por acto u omisión. En primer lugar, la propuesta confirma que el hecho de que una empresa respete sus obligaciones de diligencia debida no la eximirá de ninguna responsabilidad en la que pueda incurrir de conformidad con la legislación nacional. En segundo lugar, afirma que debe existir a nivel nacional un régimen para permitir la atribución de res-

Europea (DO L 80 de 23.3.2002, p. 29). Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DO L 122 de 16.5.2009, p. 28). Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DO L 294 de 10.11.2001, p. 22).

ponsabilidad y la obligación de reparar estos daños. Sin embargo, y aquí viene de nuevo el problema, el apartado tercero señala que, si la empresa demuestra que han prestado toda la diligencia debida con arreglo a lo dispuesto en propuesta de directiva para evitar el daño en cuestión, o que el daño se habría producido aun cuando hubieran prestado toda la diligencia debida, dicha empresa no será considerada responsables de dicho daño. Como demuestra la experiencia en el plano nacional, previsiones como esta pueden acabar permitiendo que las empresas evadan su responsabilidad por la violación efectivamente cometida si demuestra que cumplió con lo previsto en los mecanismos de diligencia⁷⁷.

5. CONCLUSIONES

Sin duda, es el momento idóneo para abordar una regulación de la DDDH en el ámbito de la UE. Las normas estatales se suceden, dentro y fuera del territorio de la Unión y el concepto de diligencia debida ha ganado apoyos entre agentes económicos que aceptan (al menos en público) la posible regulación de la DDDH. Sin embargo, determinadas inconsistencias de la propuesta del Parlamento Europeo evidencian un problema de base, vinculado a la existencia de distintas aproximaciones al propio concepto de DDDH. Dicho en otras palabras, pese a lo que puede parecer tras la lectura de la propuesta del Parlamento y a la luz del entusiasmo que despierta el mecanismo en sectores diversos, debe quedar claro que la DDDH es un instrumento preventivo, propio de la gestión empresarial *ad intra* y en ningún caso construido para asegurar la responsabilidad empresarial por los daños efectivamente causados ni para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas. La diligencia impone una obligación de medios, de esfuerzo para prevenir o mitigar los riesgos de violaciones de derechos humanos, por ello, las sanciones que puedan establecerse se vinculan al incumplimiento de esta labor preventiva, no a la efectiva comisión de la violación. Esto queda fuera del mecanismo de diligencia, siendo objeto de una obligación distinta que debe igualmente regularse en el ámbito supranacional y que requiere de mecanismos de sanción diferentes.

Para desarrollar esta idea, y contestar a la pregunta principal planteada en la introducción, es interesante retornar al concepto básico de garantía de los derechos humanos. Siguiendo a Ferrajoli es posible definir las garantías como las “técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos”⁷⁸. Además, nos indica Ferrajoli que es posible hablar de las

77 Una clara muestra de esto la encontramos en la utilización de la Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro (California, 2010) por parte de Nestlé. Para su desarrollo se deriva a la lectura de la sentencia que exoneró de responsabilidad a la transnacional que, de hecho, reconoció tener mano de obra esclava en su cadena: *Melanie Barber et al (Plaintiff) v Nestle USA, INC., a Delaware Corporation; and Nestle Purina Petcare CO., a Missouri Corporation (Defendants [Case No: SACV 15-01364-CJC(AGRx)]*.

78 FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004.

garantías primarias o garantías “legales” (prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación de los terceros sean personas físicas, jurídicas o Estados⁷⁹) y de las garantías secundarias (intervenciones jurisdiccionales tendentes a reparar o a sancionar las violaciones de las garantías primarias).

La existencia de estas garantías, más aún de las segundas, no puede presumirse ya que su realidad depende de otras normas ajenas a las que adscriben los derechos. Sin embargo, la ausencia de las garantías no priva al derecho humano de su condición de tal, sino que indica una brecha en el ordenamiento, una laguna estructural, que debe ser solventada. En otras palabras, los derechos humanos consisten en situaciones universales estipuladas directamente por normas generales, en los diferentes niveles de regulación, que deben ser respetadas por cualquier persona física o jurídica, por cualquier poder político o económico. Su existencia no supone la coexistencia de las garantías, particularmente de las secundarias, sino la obligación de establecerlas⁸⁰. Por tanto, la inexistencia de garantías no implica la falta de obligatoriedad de su cumplimiento, por cualquier actor público o privado y por cualquier institución, sino en todo caso la imposibilidad de exigir de manera efectiva el respeto del mismo, castigar a los sujetos violadores y reparar a las víctimas o afectadas. En el caso de las violaciones cometidas por las ETN esta inexistencia de garantías frente a las violaciones cometidas a lo largo de sus cadenas implica la impunidad de las corporaciones y la indefensión de las víctimas.

Retomando la definición de garantía, parece claro que no es posible encajar la DDDH en la horma de las garantías primarias y mucho menos de las secundarias. La diligencia no se concibe para incluir prohibiciones de lesión sino un “esfuerzo” en la prevención de actuaciones que puedan violar un derecho humano. Así, podemos presumir que se trata de un mecanismo para *facilitar* el cumplimiento por parte de las empresas de su obligación de respeto de los derechos humanos, pero no para garantizarlo. En este sentido se estructuran procesos de “detección y medición de riesgos”, “prevención”, “priorización”, “justificación”, mediante dinámicas y procesos ya conocidos por las empresas que han utilizado estos mecanismos en su gestión económica habitual.

Todo lo anterior no implica la inexistencia de puntos de conexión entre la DDDH y los mecanismos para determinar y sancionar la responsabilidad de las empresas. Como ha indicado la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos, existen diversos vínculos que permiten que el cumplimien-

79 Para una explicación del concepto de garantía del autor italiano reviste especial importancia el texto de PISARELLO, G., “Ferrajoli y los derechos fundamentales ¿qué garantías?”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 4, 2001.

80 FERRAJOLI, L. (2004), *Derechos y Garantías*. Op. cit; FERRAJOLI, L. (2012), *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, Trotta, Madrid. Además, siguiendo siempre a Ferrajoli, estas lagunas son un vicio grave que no puede ser solucionado en sede jurisdiccional ya que implica una actuación legislativa. De ahí la necesidad de contar con instrumentos normativos (jurídicamente vinculantes) que establezcan y desarrollen las garantías de los derechos humanos y muy en particular las jurisdiccionales.

REVISTA DE
DERECHO
SOCIAL

DIRECTOR

Antonio Baylos Grau

SUBDIRECTOR

Luis Collado García

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Joaquín Aparicio Tovar

Revista de Derecho Social
C/ Dionisio Guardiola, 1 4º.

02002 ALBACETE

Tel.: 967247354

Fax: 967247338

e-mail:

editorialbomarzo@ono.com