

La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española

Business due diligence and Human Rights: Towards a Spanish Law

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA*

Catedrático de Derecho internacional público

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID. 000-003-4499-4580

Recibido: 13.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7190

Resumen: Se hace un análisis del nuevo contexto de las empresas en la protección de los derechos humanos y del medio ambiente que ha llevado a plantear la necesidad de desarrollar progresivamente el derecho internacional, europeo y nacional. A tal efecto es necesario superar el estado actual de voluntariedad y transitar del soft law al hard law también mediante la elaboración de leyes internacionales. Se abordan el análisis de los modelos de derecho comparado y de los estándares internacionales. Se profundiza en los elementos principales de la debida diligencia del Estado y de las empresas así como en las principales cuestiones que una ley de esta naturaleza plantea

Palabras clave: Debida diligencia. Derecho comparado empresas y derechos humanos. Estándares de organizaciones internacionales. Empresas y derechos humanos

Abstract: An analysis is made of the new context of companies in the protection of human rights and the environment, which has led to the need to progressively develop international, european and national law. To this end, it is necessary to overcome the current state of voluntariness and move from soft law to hard law also through the elaboration of national laws. The analysis of comparative law models and international standards are addressed. The main elements of the due diligence of the State and of the companies are deepened as well as the main questions that a law of this nature raises.

Keywords: Due diligence. Comparative business law and human rights. Standards of international organizations. Business and human rights.

Sumario: I. Introducción: un nuevo contexto para las actividades empresariales. II. Las obligaciones internacionales de un Estado en el marco de las actividades empresariales. III. La necesidad de un desarrollo progresivo Empresas y derechos humanos. IV. La necesidad de superar el marco de la Responsabilidad social corporativa y de los planes de acción. V La complementariedad de la directiva y el tratado. VI. Principales estándares de organizaciones internacionales. VII. Los principios Rectores empresas y derechos humanos de Naciones Unidas. VIII. Modelos de derecho comparado. a) El Modelo francés. b) El modelo alemán y el de California. c) Modelos basados en

* Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Carlos III de Madrid. Director del departamento de derecho Internacional, eclesiástico y filosofía del derecho de la Uc3M. Este artículo forma parte del proyecto de excelencia del departamento, de la línea de excelencia del profesorado universitario, del V Plan del programa Pricyt de la CAM así como del Proyecto ODS, derechos humanos y derecho internacional que dirijo en el marco del programa estatal del conocimiento I+D. Ambos adscritos a la UC3M, respectivamente al departamento de derecho internacional y al Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria.

la violación de normas de *Ius cogens*. IX. La debida diligencia como concepto motor. a) La noción de debida diligencia en el Derecho internacional. b) La debida diligencia del Estado. c) La debida diligencia de las empresas. d) Elementos básicos de un régimen general de debida diligencia empresarial. X. Otros elementos de una ley de debida diligencia. a) Ambito de aplicación personal. b) Ambito de aplicación territorial. C) Normas de derecho interno afectadas. d) Acceso a la Justicia.

I. Introducción: un nuevo contexto para las actividades empresariales

1. El objeto de este estudio es analizar las cuestiones que se plantean en relación los desarrollos normativos nacionales, europeos y fundamentalmente internacionales en relación con las obligaciones jurídicas de las empresas en materia de derechos humanos.

2. A las empresas se les pide un mayor esfuerzo en cuestiones que no han sido tradicionalmente de su objeto social, debido al papel cada vez mayor de los actores no estatales en la globalización y al denominado proceso de debilitamiento del Estado, que ha llevado a renovar la reflexión sobre el régimen internacional, europeo y nacional de las empresas transnacionales. La aprobación en Naciones Unidas hace una década de los *Principios Rectores Empresas y derechos humanos* impulsó el compromiso “voluntario” de las empresas, en el marco de la responsabilidad social corporativa, fundamentalmente.

3. En 2019 de las 50 principales empresas que cotizaban en las bolsas de Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur y Tailandia -indica el Informe de 2021 del *Grupo de Trabajo de Naciones Unidas Empresas y derechos humanos*- el 37, 1% se había comprometido públicamente a respetar los derechos humanos; según el *Corporate Human rights Benchmark* de 2020, de 229 empresas analizadas el 46, 2% no había conseguido puntos en ningún indicador. Se han desarrollado coaliciones industriales comprometidas con negocios responsables, como Amfori, *Responsible bussiness Alliance*, *Global Business Initiative on human rights*.

4. Junto a la preocupación por los derechos humanos, a las empresas se les pide una mayor labor en el cumplimiento de la Agenda 2030 y el respeto del medio ambiente. Esta preocupación por la sostenibilidad¹ se plantea en el plano económico, ecológico y social². El conocido *Informe los límites del crecimiento* (1972) del Club de Roma concluía que en un siglo la huella humana sobre la tierra se habría vuelto insostenible. Medio siglo después se ha llegado a un cierto consenso sobre la urgencia de la sostenibilidad, que tiene como percha la agenda 2030, bajo la cual se producen desarrollos del Derecho y políticas. De ahí los esfuerzos de la Comunidad internacional, de la Unión Europea y de los Estados para adaptarse a un proceso de transición hacia la sostenibilidad.

¹ Así, la *Encíclica Laudatio si* aborda el problema del crecimiento ilimitado (la indisponibilidad infinita de los bienes del planeta que lleva a estrujarlo hasta el límite y más allá; pág 100, p. 108) y propone (p. 5) ir hacia “cambios profundos de los estilos de vida, modos de producción y consumo, estructuras consolidadas de poder que regulan hoy la sociedad”. Hace un llamamiento a proteger la casa común, a buscar un desarrollo sostenible y un diálogo urgente sobre el modo de vida. J. RIFKIN, *El Green new deal global*, Paidós, primera edición, 2019. afirma que en 2028 se producirá un *colapso de los combustibles fósiles*. Todo esto llevará, señala, a la tercera revolución industrial, a la inversión en renovables, a la digitalización, a la glocalización (en lugar de la globalización, que dará más papel a las regiones que a los Estados) y a una sociedad carbono cero, en dos décadas, que cambiará las formas y los modos de vida. Del mismo modo el Secretario General de Naciones Unidas, Antonio Guterres declaraba el 10 de mayo de 2021, en un mensaje enviado al *Foro sobre cambio climático* que con los “compromisos internacionales actuales nos dirigimos a un aumento desastroso de la temperatura de 2, 4 grados a final de siglo. Estamos al borde del abismo” (...) “todavía sería posible evitar los peores impactos del cambio climático si hay cooperación y se aprovecha la recuperación tras la pandemia para emprender un camino más ecológico”. Consideró que a más tardar en 2030 hay que abandonar el carbón en los países de la OCDE y en 2040 para todo el mundo.

² En este sentido véase, “El desarrollo sostenible y la teoría del Derecho internacional”, *Iberoamerican Journal of development studies*, (a publicar en el número de noviembre de 2022, en un monográfico sobre los Objetivos de desarrollo sostenible y el Derecho internacional. Asimismo C. FERNÁNDEZ LIESA “Los objetivos de desarrollo sostenible y el Derecho internacional”, *Tiempo de paz*, n.º 132, 2019, pp. 13-22; C. FERNÁNDEZ LIESA, “Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible”, *Anuario español de Derecho internacional*, n.º 32, 2016, pp., 49-81.

5. La preocupación por los derechos humanos y por la sostenibilidad son cosas distintas, pero comparten elementos complementarios y exigen una colaboración de las empresas. Estamos en un momento de transición en el que se reclama un nuevo papel a las empresas en la protección de los derechos humanos y del medio ambiente. El derecho internacional de los derechos humanos se ha construido desde una estructura jurídica en la cual los Estados son los obligados por las normas internacionales de derechos humanos y los seres humanos son los titulares de los derechos. Pero esta ecuación deja fuera a las empresas.

6. La posición de las empresas en el Derecho internacional empieza a plantearse desde la aspiración a un nuevo orden económico internacional más justo y equitativo, desde la década de los sesenta. Con el paso del tiempo la globalización reabrió el debate al haber adquirido las empresas una gran capacidad de influencia con la liberalización del sistema económico internacional, desde los años noventa, que se hizo soslayando los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo. Es en este marco en el que el tema Empresas y derechos humanos entra en la agenda internacional³. Se plantea cómo hacer eficaces los derechos humanos y el medio ambiente en una economía global donde no existe un Estado mundial sino dos centenares de Estados y miles de grandes empresas multinacionales (se calcula que 8.000). La diversidad de legislaciones nacionales, la debilidad de algunos Estados, la corrupción y otros fenómenos permiten que las empresas se aprovechen de condiciones poco estrictas que dan pie a abusos y a violaciones de derechos humanos⁴.

7. El Derecho internacional de los derechos humanos establece cuáles son los derechos en la denominada Constitución internacional de los derechos humanos y, más en general, permite determinar cuáles son los *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Pero la eficacia de estos derechos no solo depende del Estado sino también de las empresas. Estamos en un proceso de transformación del sistema internacional que pide un nuevo papel a los actores no estatales, que deberían convertirse en actores *activos del proceso de humanización*, incorporando la debida diligencia y la responsabilidad por el incumplimiento de esos derechos humanos.

8. En 2005 el Secretario general de Naciones Unidas nombró a John Ruggie representante especial sobre derechos humanos y empresas, el cual, en 2008 presentó al Consejo de derechos humanos un *Marco para proteger, respetar y remediar*, que establecía tres pilares, que aprobó el Consejo en su resolución 8/7:-La obligación del Estado de proteger frente a violaciones de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de remedio efectivas, judiciales o no judiciales

9. Posteriormente, en 2011, el Consejo de derechos humanos adoptó la resolución 17/4 de 16 de junio que adopta los *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y derechos humanos*, que no crean nuevas obligaciones de Derecho internacional ni transforman las ya existentes y deben aplicarse teniendo en cuenta los riesgos que para los derechos humanos tienen las actividades empresariales.

10. Ahora se trataría de pasar de un conjunto de estándares de naturaleza recomendatoria y promocional a otros jurídicamente vinculantes. Estamos pues ante un *cambio de paradigma en lo que se ha*

³ C. FERNANDEZ LIESA/ E. LOPEZ-JACOISTE, (Coords), *Empresas y derechos humanos*, VVAA, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 553 pp; asimismo, entre otros muchos: L. CHIUSI CURZI/ C. MALAFOSSE, *A public international law Outlook on business and human rights*, Brill, 2022; L., VALLE, MARULLO, C., “Contract as an instrument achieving sustainability and corporate social responsibility Goals”, *International Community law review*, 24, 2022, pp. 100-123; STIGLITZ, J., “Multinational corporations: Balancing rights and responsibilities”, *Proceedings of the American Society of International law*, vol. 101, 2007, pp. 3-60; J. HERNANDEZ ZUBIZARRETA, *Las empresas multinacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa*, Ed. Egoa, Vitoria, 2009; F.J. ZAMORA CABOT, “La responsabilidad de las empresas multinacionales por violación de los derechos humanos: Práctica reciente”, *Anuario de los cursos de derechos humanos de Vitoria Gasteiz-San Sebastián*, vol. 12, 2012, pp. 194-207.

⁴ F. MARRELLA, “Droits de l’homme et activités des sociétés transnationales”, *RCADI*, 2017, p. 66.

denominado *lucha contra la impunidad empresarial*, que se vio en casos célebres como el de la Union Carbide, Bhopal o la Chevron-Texaco, en Ecuador. La reflexión ha atraído la atención de grupos⁵ y redes de investigación. Así, el *proyecto ungps+10* apoyado por Alemania y Suiza y por la Oficina del Alto comisionado de derechos humanos y el PNUD ha evaluado la primera década de los Principios Rectores con metodologías propias de la investigación, con objeto de contribuir a determinar la dirección futura.

11. En España el Gobierno aprobó una *Estrategia de desarrollo sostenible* (6/V/2021) que considera necesaria una ley de debida diligencia de empresas y derechos humanos con la que se contribuya a “poner fin a la injusticia global y a las amenazas a los derechos humanos, a los principios democráticos y a la sostenibilidad del planeta”. Francia fue en 2017 el primer país que aprobó una ley con este objeto, y posteriormente se han aprobado otras normas (en Alemania, Reino Unido, Holanda, Estados Unidos, Canadá, Noruega, Australia, Singapur, Hong Kong..), del mismo modo que en Naciones Unidas está negociando desde 2015 un Tratado sobre la materia, en la Unión Europea está en marcha la elaboración de una directiva. A todo ello se suman multitud de estándares aprobados en el marco de la OIT, OCDE, FMI y otras Instituciones internacionales, como veremos.

II. Las obligaciones internacionales de un Estado en el marco de las actividades empresariales.

12. El edificio de los derechos humanos se ha hecho con la idea de limitar el poder del Estado frente al individuo, o de garantizar a éste un mínimo de prestaciones por parte de aquel. Por esta razón y debido a la estructura propia del orden internacional son los *Estados los obligados por las normas internacionales*, pero no directamente los particulares. De ahí que sea el Estado el obligado a proteger. Si un Estado se limita a que las empresas que operen en su territorio o bajo su jurisdicción o control se guíen por el respeto voluntario de los derechos humanos eso no es suficiente para cumplir con las obligaciones internacionales, por lo que es necesario desarrollar el derecho interno⁶

13. En España están vigentes muchos tratados de derechos humanos⁷. La cuestión que aquí abordamos es la de qué obligaciones internacionales tiene un Estado en el marco de las actividades de

⁵ Así fui Investigador principal del proyecto I+D 2014-5548-P (Actores económicos y derechos humanos: especial relevancia para España) en cuyo marco creamos un *Observatorio de derechos humanos, desarrollo sostenible y empresas* en el que hemos realizado seminarios, congresos e investigaciones. Como botones de muestra de contribuciones españolas colectivas a la reflexión destacaría el libro colectivo con una treintena de contribuciones, C. FERNÁNDEZ LIESA/ E. LOPEZ-JACOISTE (Dir), *Empresas y derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, 2018, 553 pp; C. MÁRQUEZ CARRASCO, (Dir), *España y la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, Huygens editorial, 2014; M.C. MARULLO/ C. ZAMORA, (Dir), *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Editorial Científica, Napoli, 2018; S. MORAN/ A. HERNÁNDEZ, *Empresas, derechos humanos y cooperación al desarrollo en el marco de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, URJC-Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria, 2020). En España destaca la *Red Iberoamericana empresas y derechos humanos: incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierras y agua*.

⁶ En este sentido el análisis de J. SCHONSTEINER “La debida diligencia en el nuevo informe sobre Empresas y derechos humanos de la comisión interamericana de derechos humanos”, en *African international economic law network*.

⁷ Así el *Pacto de derechos civiles y políticos, al de derechos económicos, sociales y culturales, la convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la convención contra la tortura, o sobre derechos del niño, la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, o contra las desapariciones forzadas* (tratados en los que España ha aceptado la competencia de los órganos de tratados que conocen quejas individuales). También España ha ratificado convenios de la Organización internacional del trabajo como el número 29 (*trabajo forzoso*), núm 87 (*Libertad sindical*), núm 98 (*Derecho de sindicación y negociación colectiva*), núm 100 (*igualdad de remuneración*), núm 105 (*abolición del trabajo forzoso*), núm 111 (*discriminación en empleo y ocupación*), núm 138 (*edad mínima de admisión al empleo*), núm, 182 (*prohibición de peores formas de trabajo infantil*), núm 169 (*pueblos indígenas*). Además es parte en el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos* y en virtud del art 6, 1 del TUE se aplica la *Carta de derechos fundamentales de la Unión europea*. También España se ha comprometido con instrumentos de soft law como la *Declaración tripartita sobre los principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT*, la *declaración relativa a los principios y derechos fundamentales del Trabajo de la OIT* y las *líneas directrices de la OCDE para las empresas multinacionales*.

sus empresas, tal y como se deriva del Derecho internacional de los derechos humanos. El legislador debe distinguir el papel del Estado y de las Empresas en sus respectivas funciones y responsabilidades en materia de aplicación de los Derechos humanos.

14. La obligación de proteger. El Estado tiene la obligación de proteger los derechos humanos. En los PR el principio fundacional es que los “Estados deben proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas en el territorio y/o jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”. Los procesos de debida diligencia⁸ deben *prevenir daños a los derechos humanos, ser proporcionales a la gravedad y probabilidad de efectos adversos (y adaptarse a los específicos), y ser un proceso continuo*, pues los riesgos pueden cambiar con el tiempo. Asimismo el Estado (P.R.5) debe supervisar que en los procesos de privatización de servicios públicos (como la salud o el agua) no se rebajen los estándares de debida diligencia empresarial ni afecte a las obligaciones en derechos humanos.

La expresión obligación de proteger, que utilizan los PR y la doctrina es omnicomprensiva de estas y otras obligaciones del Estado, tales como la de investigar y perseguir a los responsables de las violaciones. El deber de protección del Estado supone que no es responsable de la violación de los derechos humanos cometida por un agente privado, salvo si no adopta las medidas adecuadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos. Los Estados están obligados a *asegurar que no hay discriminación en el ejercicio de los derechos en la esfera privada* (mercado laboral, vivienda, préstamos..) y en garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación, tanto en sentido formal (discriminaciones directas) como en evitar discriminaciones indirectas. Así, por ejemplo, en el ámbito salarial el *principio de igual salario por un trabajo de igual valor* viene de antiguo, desde que al nacer la Sociedad de Naciones se incluyó, luego desarrollada en un convenio de la OIT, posteriormente en el derecho y la jurisprudencia de la Unión Europea. Pero sigue habiendo discriminaciones salariales indirectas relevantes en todo el mundo, incluido en la Unión Europea, cuya erradicación requiere de una debida diligencia tanto del Estado como de las empresas, con una supervisión público-privada.

15. La obligación de prevenir. Ha indicado el Comité de derechos humanos que un Estado debe prevenir la violación de derechos humanos para lo cual tiene que adoptar cuantas medidas legislativas, administrativas, educativas o de otra naturaleza sean necesarias⁹. Es difícil atribuir a un Estado un hecho ilícito internacional en ausencia de daño real -en este marco- pero no lo es tanto una vez que se produce una violación del derecho humano. Ahora bien, la obligación de prevenir supone que tanto el Estado como las empresas sean diligentes y adopten las medidas necesarias para que los daños potenciales se conviertan en reales¹⁰. Esta obligación de prevención está también en los principios rectores que, como es sabido, no generan obligaciones que no existan en virtud del derecho internacional, pero que sí pueden ser la base de obligaciones desarrolladas en derecho internacional. No cabe duda de que los Estados tienen la obligación de prevenir que se violen los derechos humanos por terceros (empresas) para lo que tienen que adopten medidas ex ante, preventivas, lo que es un contenido importante de la obligación de debida diligencia del Estado y, por ende, de la empresa, una vez se transponga al derecho interno. Los Principios Rectores indican que los Estados deben enunciar claramente qué se espera de las empresas en su territorio y en el extranjero. La obligación de proteger debe llevar también en ciertos casos a legislar como vemos luego.

16. La obligación de respetar y garantizar. España como parte en los principales tratados de derechos humanos y a la luz del art. 10, 2, 93, 94 y 96 de la Constitución tiene la obligación *de respetarlos, lo que implica que no los vulnere por sí misma*. Por ejemplo, si una empresa estatal contrata a mano de obra en condiciones de esclavitud no estaría respetando la obligación. Y también tiene la obligación de

⁸ Vid. El comentario del *Informe del Grupo de trabajo Empresas y derechos humanos, de Naciones Unidas*, de 16/VII/2018

⁹ Observación general número 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto en el contexto de las actividades empresariales.

¹⁰ Informe del Grupo de trabajo empresas y derechos humanos, de Naciones Unidas de 16/VII/2018 (pár. 13)

garantizar los derechos civiles y políticos, lo que incumpliría un Estado si bajo su territorio, jurisdicción o control una empresa privada lo hace.

17. La obligación de adoptar medidas legislativas y de otra naturaleza. La obligación de proteger implica que el Estado en determinados casos adopte medidas legislativas¹¹ o de otra naturaleza para impedir las violaciones de derechos humanos por los actores privados. Dado que el Estado es el obligado a respetar y proteger internacionalmente los derechos humanos debe *adoptar las medidas de derecho interno necesarias* (por ejemplo, una norma que establezca la edad mínima para trabajar). La obligación de legislar permite evitar uno de los problemas en esta materia como son los “déficits de gobernanza” y la “falta de liderazgo de los gobiernos”. Un Estado puede cumplir su obligación de prevenir violaciones de derechos humanos de muchas maneras, como mediante divulgación de información, orientando a las empresas, adoptando medidas de debida diligencia, siendo coherente en sus políticas, dando ejemplo con las empresas del sector económico que controla directamente el Estado, o que reciben apoyos estatales.

El Estado en virtud del principio de unidad responde internacionalmente tanto por la acción como por inacción, y tanto por la labor -o la falta de ella- del poder legislativo, del ejecutivo y del judicial o de órganos subestatales o de actores no estatales sobre los cuales no ha realizado una supervisión diligente. De otro lado el Estado tiene una obligación de medios pero no de resultado. En todo caso en virtud de la obligación antes citada de proteger el *Estado debe adoptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en derechos humanos*¹². La adopción por España de una ley de diligencia debida supondría, pues, cumplir con la obligación de proteger.

18. Obligación de coherencia. Los PR (pár 8, 9, 10) establecen una obligación de coherencia del Estado tanto política como fundamentalmente normativa, que debe suponer que todas las Instituciones estatales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado, para lo cual hay que “informar”, “capacitar” y “apoyar” (PR 8); asimismo el Estado debe ser coherente con los tratados, acuerdos y organismos multilaterales y en la cooperación internacional (PR 10). También que las leyes sean coherentes. Las leyes mercantiles, civiles, penales, administrativas y de derechos humanos no deberían tener contradicciones. También debería ser coherente estos principios con la política exterior.

19. Obligación de vigilancia permanente. El Estado puede incumplir su obligación de debida diligencia por la falta de vigilancia de los deberes impuestos por el Derecho internacional. La debida diligencia del Estado define así un estándar de comportamiento del Estado. Los Principios rectores indican (punto B, 3) que los Estados deben: “a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tiene en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos”.

III. La necesidad de un desarrollo progresivo Empresas y derechos humanos

20. Son necesarios desarrollos normativos en derecho interno de la debida diligencia de las empresas por cuanto que una obligación general de debida diligencia no existe sino para el Estado,

¹¹ La observación citada (pár 14 y 15) indica que el Estado debe adoptar medidas legislativas y de otra naturaleza y sanciones penales, administrativas, o multas cuando el no actuar con la debida diligencia para reducir los riesgos contribuya a permitir que se produzcan tales infracciones.

¹² Los PR (Pár 8,9,10) establecen una obligación de coherencia del Estado tanto política como normativa, que debe suponer que todas las instituciones estatales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado para lo cual hay que “informar”, “Capacitar”, y “apoyar” (PR 8); asimismo el Estado debe ser coherente con los tratados, acuerdos y organismos multilaterales y en la cooperación internacional (PR 10). Las leyes mercantiles, civiles, y de derechos humanos no deberían tener contradicciones; y también se debería ser coherente en la política exterior.

pero no para los actores privados. En la jurisprudencia internacional se ha aplicado la debida diligencia en sectores como el *derecho internacional de la neutralidad*, el *derecho internacional de protección de extranjeros*, el *derecho internacional del medio ambiente*, el *derecho internacional de inversiones*, el *comercio*, de los *derechos humanos*, *humanitario*, entre otros. Pero no en relación con personas privadas. Una ley interna de debida diligencia daría obligatoriedad interna a las empresas, en tanto que sujetos de derecho interno, de los estándares internacionales, obligatorios o no, cuyo destinatario es el Estado. Aymerich y García Cívico¹³ han puesto de relieve como los derechos humanos ya no afectan exclusivamente a los poderes públicos, sino también a los privados, lo que supone un cambio que se está realizando de manera incipiente. Clapham puso de relieve ya muchas de las cuestiones que se plantean en el ámbito de los derechos humanos como consecuencia de los ANE¹⁴. El desarrollo progresivo es conveniente debido a la fragmentación regulatoria que existe en el orden internacional sobre el régimen jurídico de las empresas, lo que introduce confusión normativa. Como señala Laurence Dubin¹⁵ tanto el derecho internacional público como el privado participan, a su modo, en la fragmentación de la unidad económica formada por la empresa multinacional, razón por la cual Jessup avanzó la idea de derecho transnacional, como intento de superación de esa situación. Sin entrar en ese debate en todo caso el desarrollo del derecho interno es, además, conveniente por tres razones.

21. La falta de subjetividad internacional de las empresas. Las empresas multinacionales no tienen reconocido un lugar adecuado en el derecho internacional moderno, en el que no había sitio para entidades que no fueran los Estados soberanos e independientes. Las concepciones jurídicas no abrían paso a los actores no estatales en el Derecho internacional¹⁶. La noción de sujeto de derecho depende de cómo se conciben los criterios de subjetividad¹⁷. Tradicionalmente ha habido criterios restrictivos sobre la subjetividad internacional. Solo podían ser sujetos de Derecho internacional las entidades que tuviesen la capacidad de concluir tratados, de establecer relaciones diplomáticas y de participar en los mecanismos generales de responsabilidad internacional¹⁸.

Pero *ha cambiado la posición del individuo, que puede ser considerado un sujeto de Derecho internacional con capacidad limitada*. Desde esta concepción de la personalidad internacional se puede reconocer que las *empresas transnacionales* tienen una personalidad jurídica internacional limitada al cumplimiento de sus obligaciones y relativa pues no sería oponible *erga omnes*¹⁹. Reconocer a una empresa multinacional la subjetividad internacional a los efectos de su sujeción al Derecho y, en particular, al DIDH es una técnica que permitiría arreglar problemas sin generar otros nuevos. Se ha puesto de

¹³ I., AYMERICH, J., GARCIA CIVICO, “La integración de responsabilidades públicas y privadas en la efectividad de los derechos humanos”, *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Chiara Marullo, M., Zamora Cabot, F.J., (Eds), Ed. Scientifica, Napoli, 2018, pp. 7-27, p. 1

¹⁴ Vid. A. CLAPHMAN, *Human rights obligations of non-State actors*, Oxford, 2006, 605 b pp; id. *Human rights in the private sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

¹⁵ L. DUBIN, “entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international”, *L'entreprise multinationale et le Droit international*, Ed. A Pedone, Paris, 2017, pp. 13 ss, p. 19.

¹⁶ Sobre esto véase C.FERNÁNDEZ LIESA, *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas. Thomson Reuters, 2013, pp. 64-67; id. “Los actores no estatales y el Derecho internacional de los Derechos humanos”, *Derechos y libertades*, vol. 22, n° 45, 2022, 117-147; id. “Los actores no estatales en el Derecho internacional”, *Os sujeitos nao estaduais no direito internacional*, F., PEREIRA., TIAGO DE MELO, J.M., RODRIGUEZ BARRIGON; id. “Reflexiones en torno a las empresas en el Derecho internacional”, *Responsabilidad social corporativa. Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, B., DE LA VEGA, M., RUIZ MUÑOZ, 2019; id. “Sujetos de derecho y actores no estatales. Cuestiones de derecho internacional”, *Anuario español de derecho internacional*, n° 34, 2018.

¹⁷ El TIJ indicó en 1949 que en el “DI los sujetos de derecho no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos. Su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad”. *Asunto de la Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, dictamen de 11 de abril de 1949, TIJ, Rec. 1949, pp. 178.

¹⁸ En este sentido C., DOMINICE, “La personnalité juridique dans le système du Droit des gens”, *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubiszewski*, VVAA, Kluwer, 1996, pp. 147 ss, en especial 161 ss; del mismo autor “L’emergence de l’individu en Droit international public”, *L’ordre juridique international entre tradition et renovation*, IUHEI, Puf, Paris, 1997, pp. 109-124.

¹⁹ R., BERMEJO GARCIA, “Las empresas transnacionales como actores y sujetos potenciales en la sociedad internacional”, C., BARRANCO, O. CELADOR, F. VACAS, (Coords), *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*, Colección Gregorio Peces-Barba n° 2, Dykinson, 2012, pp. pp. 93 ss, pp. 102-103.

relieve la necesidad de controlar a las empresas multinacionales a los efectos de su control. En el siglo XXI afrontar la globalización mediante desarrollos de esta naturaleza es lo más adecuado. Se puede considerar que las empresas tienen ya una personalidad internacional mínima que se manifiesta en el CIADI (Centro de arreglo de diferencias de inversión del Banco Mundial), en el marco de la solución de controversias entre los Estados y las empresas.

22. Las empresas están obligadas por el Derecho interno pero no por el Derecho internacional. En segundo lugar porque el orden internacional establece obligaciones para los Estados, y son estos los que a través del derecho interno pueden transponer el Derecho internacional en el orden interno y establecer cuáles son las obligaciones de las empresas. Esto es así salvo en cuestiones muy precisas de derecho internacional penal. Pero por lo general el DIDH no es directamente aplicable a las empresas. En el asunto *Asociación France-Palestine Solidarité et Organisation de Libération de la Palestine c Société Alstom Transport SA, Société Alstom SA y SA Veolia Transport*²⁰ el Tribunal francés consideró que el Derecho internacional (consuetudinario) no impone a empresas privadas (como Alstom) obligaciones internacionales de derechos humanos, sino que están sometidas a obligaciones que encuentran su fuente en una obligación internacional del Estado. Es, pues, la violación de la regla de derecho nacional la que compromete la responsabilidad de una empresa. La empresa no es destinataria directa de derechos y obligaciones que emanan de Tratados internacionales. Hay excepciones a esta regla general en el marco del *Derecho internacional penal*, pero aquí no estaríamos ante obligaciones de debida diligencia sino más bien en la participación de empresas en la comisión de *crímenes contra la humanidad, genocidio, crímenes de guerra, tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes, desapariciones forzadas, trabajo forzado y esclavitud*. En estos casos normalmente además la atribución de responsabilidad penal de las infracciones de derecho penal será de las personas. Así, en los Tribunal de Nuremberg, o posteriormente los tribunales americanos condenaron a industriales alemanes por recurrir al trabajo forzado (y a Carl Krauch) por haber producido el gas Zyklon B, o en el asunto *The United States of America c. Alfred Krupp* (31/VII/1948) se condenó a varias personas de esa familia por crímenes contra la paz y contra la humanidad. El Tribunal de Ruanda también ha condenado a personas que en el marco de sus empresas ayudaron a la comisión del genocidio (por ejemplo, en el marco de actuaciones de la Radiotelevisión de las mil colinas, que había incitado al odio), por lo que los dirigentes de una empresa en supuestos muy determinados pueden ser autores de crímenes contra la humanidad. Pero se trata de circunstancias muy excepcionales, que se han aplicado en este tipo de situaciones. Se puede debatir y en su caso establecer en determinados casos la responsabilidad de las empresas, algo que se puede abordar.

23. La responsabilidad se canaliza en el derecho interno. En tercer lugar porque el Derecho internacional de la responsabilidad es el epicentro de cualquier sistema jurídico. Pero al no haber subjetividad internacional tampoco hay una responsabilidad internacional de las mismas en tal orden jurídico²¹. En este sentido una empresa en el ámbito internacional puede ser “protegida” mediante el ejercicio de la protección diplomática por el Estado de su nacionalidad. Su responsabilidad civil, o de otra naturaleza, en tanto que empresa, se ventila ante Tribunales internos, ante jurisdicciones internas, a excepción de que mediante un acuerdo internacional, como los de protección de inversiones, se someta una controversia entre un Estado y una empresa inversora a un órgano internacional como el CIADI (Centro internacional de arreglo de diferencias de inversión, creado por el Banco Mundial en 1965)

La posición de los ANE plantea muchas cuestiones en el ámbito del Derecho de la responsabilidad, que exigen de nuevos desarrollos, como muestra el tercer pilar de los *Principios Rectores empresas y derechos humanos*, que se refiere al acceso a mecanismos de reparación. En este sentido hay mucho por hacer tanto en los Estados como en relación con la dimensión transnacional de los abusos y

²⁰ Asunto n° 11/05331 (comentario en RGDIP, 2014, pp. 192-212), sentencia de 22 de marzo de 2013 de la Corte de Apelación de Versalles.

²¹ M., KAMMINGA, *Liability of multinational corporations under international law*, Kluwer, 2000; E., DECAUX, “La responsabilité des sociétés transnationales en matière des droits de l’homme”, *Révue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 205, 789-798, zerk, J., *Multinationals and corporate social responsibility: Limitations and opportunities in International law*, Cambridge, 2006. También el comentario de F., MARRELLA, , cit. Pp. 196 ss.

violaciones de derechos humanos. Los principios rectores (vid desde el 25) establecen que los Estados deben tomar medidas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas o legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan abusos en su territorio o bajo su jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces, tanto extrajudiciales como judiciales (como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas), estatales como no estatales²². Estos elementos para la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos deben ser desarrollados en los ordenamientos internos. Hay una amplia laguna sobre las responsabilidades internacionales de los actores no estatales, que se aplica tanto a los grupos armados como a las empresas multinacionales²³, por la naturaleza estatocéntrica del ordenamiento. En definitiva, las responsabilidades se canalizan mediante vías de derecho interno, que es el marco en el que los Estados deben realizar desarrollos.

IV. La necesidad de superar el marco de la responsabilidad social corporativa y de los planes de acción

24. Consolidar buenas prácticas empresariales mediante una *ley interna* es una vía que complementaria a la del Tratado internacional y de la directiva europea. Todas estas vías son complementarias. Inicialmente, en los últimos años se ha utilizado la vía de la *Responsabilidad social corporativa* (a partir de ahora RSC)²⁴. El sector RSC ha dado lugar a la elevación de los estándares. Pero el modelo tiene insuficiencias por la falta de obligatoriedad, que una ley mejoraría. Se trata de ir más allá mediante una ley que transforme algunos estándares no normativos en obligatorios, y que establezca procesos que sean sometidos a mecanismos de vigilancia imparcial.

25. Los planes de acción son un fenómeno floreciente desde 2011²⁵. En 2021 hay 25 países con planes de este tipo, y 18 en proceso de establecimiento. El número es relativamente bajo, y algunos de estos planes tienen escasa calidad y apoyo. En todo caso han contribuido a que muchas empresas vayan asumiendo los Principios Rectores. Los Planes son instrumentos de *soft law*, con medidas voluntarias por lo general para las empresas. Los Planes se han ido aprobando desde 2012-13 en países como el Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Finlandia, Lituania, Alemania, Irlanda, Bélgica, así como en otros países latinoamericanos y de otros continentes. Su desarrollo evidencia un cierto compromiso de los Estados con los Principios Rectores y con otros estándares.

²² En este sentido el principio 31 establece que para garantizar la eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, los mecanismos de reclamación deben ser legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos así como una fuente de aprendizaje continuo

²³ L., IÑIGO, “Los grupos armados ante el Derecho internacional contemporáneo. Obligaciones y responsabilidad”, *REEI*, 2016, p. 16; A., BELLAL, “Establishing the direct responsibility of non State armed groups for violations of international norms: Issues of attribution”, *Responsibilities of the Non-State actor in armed conflict and the market place: Theoretical considerations and empirical findings*, Brill Nijhoff, 2015.

²⁴ Sobre esto mucho se ha escrito y no vamos a entrar en ello. Cabe destacar algunas contribuciones C., BAZAN CEA, J., DE LA MORENA, H., CORTES, “Evolución y nuevas tendencias de la responsabilidad social en las prácticas empresariales”, *Revista de responsabilidad social de la empresa*, núm. 29, 2018, p. 47; V., SANCHEZ, M.A., CANO LINARES, PERIBañEZ, *Responsabilidad social corporativa. El papel de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en la promoción de la Responsabilidad social corporativa*, Editorial Dykinson, 2016, 235 pp; C., MARQUEZ CARRASCO, “Las relaciones entre el derecho internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 34, 2018., P. 710; D., BARDEL, “Una aproximación al contenido de la responsabilidad social desde la perspectiva jurídica”, *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, vol.6, núm 16, 2020; D., LOYOLA CHAVEZ, “El plan de acción nacional de empresa y derechos humanos del Gobierno de España y la responsabilidad social de las empresas”, *Revista de responsabilidad social de la empresa*, núm 29, 2018, p.127; J.M., SANCHEZ PATRON, “Responsabilidad medioambiental y derechos humanos: los deberes de las empresas en el Derecho internacional”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2016, p. 11.

²⁵ Vid M., O,BRIEN, A., BLACKWELL, C., PULSEN, “National action plans: Current status and future prospects for a New business and human rights governance tool”, *Business and human rights Journal*, 1, 2015, pp. 117-126. Véase también una recopilación de planes de derechos humanos en la página del Alto comisionado de Naciones Unidas

En el caso de España se adoptó el 28 de julio de 2017, con retraso. Anteriormente el 26/06/2014 estaba preparado un borrador elaborado por la Oficina de Derechos humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y cooperación que precisaba el *marco de proteger, respetar y remediar*²⁶. En el plan de 2017 se plasma el compromiso de proteger los derechos humanos frente a cualquier impacto negativo que la actividad empresarial y de proporcionar a las eventuales víctimas de los mismos un remedio efectivo. Se considera que este compromiso es muy positivo también para evitar riesgos reputacionales y para fortalecer ventajas comparativas de las empresas españolas. Además se precisan algunas responsabilidades de las empresas como las que derivan de los Principios rectores²⁷ y se prevén medidas de diversa índole²⁸.

26. *La ley de debida diligencia precisaría la obligación del Estado de proteger los derechos humanos y las responsabilidades respectivas del Estado y de las empresas.* El Principio Rector 2²⁹ indica que el Estado debe indicar que espera de las empresas (españolas, en España y en el extranjero) un comportamiento conforme con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, lo que implica -precisa- que deben actuar con la *diligencia debida* en función de su tamaño y circunstancias para evitar la violación de los derechos de terceros y para hacer frente a los efectos adversos de su actividad. El Plan

²⁶ Así se hacía referencia a las líneas directrices para las empresas multinacionales de la OCDE, las directrices sobre la responsabilidad social de la organización internacional de normalización (ISO 26000), las normas de desempeño sobre sostenibilidad ambiental y social de la Corporación financiera internacional, así como diversas directrices de responsabilidad social corporativa. Tenía la vocación de promover y sensibilizar a los actores empresariales, en el marco de la estrategia española de responsabilidad social de las empresas. Los instrumentos para hacer realidad los compromisos eran principalmente normativos, incentivos fiscales, financieros, comerciales y de coordinación interministerial e interinstitucional así como el diálogo y el establecimiento de canales de comunicación con la sociedad civil. Este plan, lo mismo que el actualmente vigente limitaba la adopción de cualquier medida a que no tuviese repercusión presupuestaria ni supusiese un gasto de personal. Desde esta limitación se adoptarían medidas tras un diagnóstico, si bien no se preveía la adopción de una ley de debida diligencia. El Gobierno se comprometía a adoptar las políticas y las medidas necesarias para el cumplimiento de los principios rectores por parte del Estado promoviendo el respeto de los derechos humanos por las empresas, asesorando, informando y promoviendo actuaciones de las empresas y previniendo posibles abusos cometidos por empresas domiciliadas en territorio español siguiendo las directrices de la UE y de Naciones Unidas. Además había que realizar un *diagnóstico exhaustivo* del marco normativo, los vacíos y las necesidades con el objetivo de cumplir con las obligaciones internacionales del Estado respecto de los principios rectores, identificar las incoherencias y los mecanismos de debida diligencia y sus respectivos mecanismos de implementación o ausencia de los mismos, la existencia de mecanismos de interlocución, de reparación, la necesidad de en su caso realizar modificaciones normativas. Junto a estas medidas se ‘preveían campañas de sensibilización asesoramiento, capacitación de las misiones diplomáticas entre otras muchas

²⁷ Así se hace especial referencia en el Plan al principio rector 13 que eviten que sus propias actividades provoquen consecuencias negativas para los derechos humanos, traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas (en DDHH), 15 (que asuman un compromiso político de asumir su responsabilidad DDHH, un proceso de diligencia debida en DDHH para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los DDHH, unos procesos que permitan reparar las consecuencias negativas sobre los DDHH, 16 (que hagan una declaración política al más alto nivel de su responsabilidad de respetar los derechos humanos, se base en asesoramiento especializado ect..). El principio Rector 17 indica que con el fin de identificar, prevenir, mitigar, y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos debe abarcar las consecuencias negativas sobre DDHH que haya provocado o contribuido a provocar al empresa y debe ser un proceso continuo ya que los riesgos puede cambiar (entre otras consideraciones). Además se hace referencia al principio rector 18, 19, 20, entre otras.

²⁸ Como las relativas a que el gobierno traslade al sector empresarial lo que se espera por parte de las empresas en derechos humanos, que se desarrollarán acciones de sensibilización y de formación sobre principios rectores (y otros estándares), sobre protección de colectivos con mayores riesgos de vulnerabilidad, sobre cómo evitar prácticas discriminatorias en empresas. Asimismo establece que se informará a las empresas y a los sectores sometidos a riesgos más elevados respecto a pueblos indígenas y tribales, que se promoverán códigos de autorregulación y se establecerán los cauces para la promoción entre las empresas de medidas, procedimientos y sistemas internos de prevención y de mitigación de las consecuencias negativas sobre derechos humanos así como de difusión de buenas prácticas dirigidas a evitar esas consecuencias y al establecimiento de procedimientos de evaluación interna. Además se preveía que la comisión de seguimiento sometiese al Gobierno la adopción de un sistema de incentivos (económicos, comerciales, de presencia, visibilidad e imagen) para empresas que hagan políticas adecuadas y, en particular que realicen un compromiso público de responsabilidad en DDHH, un proceso de debida diligencia en línea con las guías sectoriales OCDE (*due diligence guidance*) (Principios 17 al 21) y unos procesos que permitan reparar las consecuencias negativas (principios 22, 29, 30, 31)

²⁹ Que indica que los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.

de Derechos humanos preveía medidas, *pero no la adopción de una ley de debida diligencia*³⁰, que se incluyó en la estrategia de sostenibilidad.

V. La complementariedad de la Directiva y el Tratado

27. Al haberse producido desarrollos en el derecho comparado de países miembros de la Unión Europea se ha activado la vía europea de elaborar una directiva mediante la que se pretende evitar un efecto de fragmentación del mercado y realizar así una armonización sobre la base de los artículos 50 y 115 del Tratado de funcionamiento de Unión Europea, que evite problemas a las libertades del mercado en que se basa la Unión Europea. España está obligada por las reglas del mercado, de la libre competencia y de la libre circulación, sin que una norma de esta naturaleza sea un obstáculo no tarifario. Una ley interna sería una vía complementaria. En todo caso nada impide que España legisle ahora, como han hecho otros países como Francia o Alemania. La vocación de una ley de debida diligencia es que se aplique en todo el territorio nacional y que tenga vis expansiva en el espacio europeo e internacional, sin afectar a la unidad de mercado interior ni europea. La *unidad de mercado* viene reconocida por el art. 139, 1 de la Constitución española y constituye un principio económico esencial para el funcionamiento económico competitivo de la economía, que evita la fragmentación del mercado. Se trata de evitar trabas u obstáculos a la libre circulación de los elementos de un mercado (personas, capitales, servicios, mercancías), sean tarifarios o de otra naturaleza. La Unión Europea también se basa en la unidad de mercado (común, interior, único). El art. 3 del Tratado de Unión Europea indica que el mercado interior constituye un objetivo de la Unión Europea. Además, el art. 26 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea establece que el mercado interior es un espacio sin fronteras interiores en el que se garantiza la libre circulación. Una ley nacional no debe evitarse por la idea de que fragmente el mercado, pues ya la han hecho así otros países, y de ahí que la Unión Europea se haya planteado la elaboración de la directiva. En este proceso de elaboración de una directiva de debida diligencia la Comisión Europea ha hecho una propuesta el 23/2/2022 (COM (2022)), que tiene por objeto regular las obligaciones de las empresas en relación con los riesgos e impactos adversos actuales y potenciales de las actividades empresariales en los derechos humanos y el medio ambiente. La propuesta no tiene en cuenta suficientemente a nuestro juicio la necesaria aplicabilidad del Derecho internacional de los Derechos humanos como marco jurídico común a las empresas europeos y extranjeras, así como a sus Estados y a la propia Unión Europea, en tanto que sujeto de la Comunidad internacional, como organización internacional que está por ello vinculada por las reglas generales de ese ordenamiento jurídico. La visión de la Unión Europea resulta en su desarrollo convencional poco abierta a una concepción universal de los derechos. El hecho de que la Unión Europea no se haya comprometido por la gran mayoría de los Tratados internacionales y europeos de derechos humanos, desde el Convenio europeo de derechos humanos a los grandes Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, no debe olvidarse en el plano nacional español, cuya constitución de 1978 se hizo desde la decisión del Constituyente de realizar una apertura al orden internacional de los derechos humanos, como evidencia tanto el art. 10, 2 como la interpretación de nuestro Tribunal de garantías.

28. Una vía española de debida diligencia empresarial podría contribuir a que la directiva europea tome nota de esa carencia que el subsistema europeo tiene dentro del sistema internacional y corrija en su proceso nomogenético tendente a la unidad a incorporar las reglas de derechos humanos internacional-

³⁰ Se encargaba a la comisión de seguimiento la medida 3 (del punto 3.2.2. Principios operacionales) que evaluase en colaboración con el Consejo estatal de responsabilidad social de las empresas (CERSE) si las leyes y normas resultan adecuadas. Además de conformidad con el principio Rector 9 los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión. En relación con esto se establece el compromiso de promover por el gobierno la inclusión de referencia al respeto de los derechos humanos en los acuerdos de comercio, inversiones u otros relacionados con actividades empresariales firmados por España que afecten a los principios rectores y en fomentar el conocimiento y la aplicación de estas recomendaciones. En definitiva *el Plan no preveía una obligación de realizar una ley de debida diligencia*.

mente reconocidos, tal y como aconseja el objeto y fin de estas normas, que pretenden contribuir a que la cultura empresarial incorpore un enfoque de derechos humanos, sin por ello ser mucho más exigente que las normas internacionales ni suponer, por lo tanto, la aplicación en el mundo del modelo social y de derechos humanos interno bien sea a la propia Unión Europea o de los modelos constitucionales nacionales.

29. El borrador de *Tratado sobre empresas y derechos humanos* que se negocia en Naciones Unidas se ha hecho con el objeto de que se regulen las actividades de las corporaciones transnacionales y de las empresas en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos. Se parte de la igual dignidad de todo ser humano, la universalidad de sus derechos, el igual acceso a la justicia, y de la obligación primaria de los Estados de proteger los derechos frente a abusos de terceros, incluidas las empresas, en su territorio, jurisdicción, o control y se recuerda que las empresas tienen la “responsabilidad” de respetar los derechos humanos. El objeto del Tratado es clarificar la obligación de los Estados de respetar, proteger y promover los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales así como las responsabilidades de las empresas, prevenir abusos de derechos humanos, asegurar el acceso a la justicia y remedios efectivos para las víctimas de abusos de derechos humanos (en el contexto de actividades empresariales) y facilitar la asistencia y cooperación en estas cuestiones.

El punto de referencia para el ámbito de aplicación del tratado es el DIDH convencional y consuetudinario. Se parte de considerar que las víctimas de abusos de derechos humanos por actividades empresariales tienen derecho a disfrutar de sus derechos. Se define a una víctima como a una persona o grupo de personas que individual o colectivamente han sufrido un daño por actos u omisiones en el contexto de actividades empresariales, que constituyen un abuso de derechos humanos. Se define un abuso de derechos humanos (arts. 1) como cualquier daño cometido por una actividad empresarial (*business Enterprise*) por actos u omisiones que impiden el pleno goce de los derechos y libertades fundamentalmente reconocidos, incluidos los derechos medioambientales. Los artículos 4 y 5 regulan los derechos y las medidas de protección de las víctimas. El artículo 6 se refiere a las medidas de prevención, el acceso a recursos (7), a reparaciones (art. 8), entre otras disposiciones.

Parece incierto que llegue a buen puerto, en el espacio europeo, el *Tratado que sobre empresas y derechos humanos* se está negociando desde que el 26/VI/2014 el Consejo de Derechos humanos adoptase una resolución al respecto³¹. Desde un primer momento la propuesta fue “divisiva”, al haberla apoyado 20 Estados con la oposición de 14 Estados, que incluían a EEUU y a Estados miembros de la Unión Europea, y con 13 abstenciones, de los 47 representantes estatales que conforman el Consejo de Derechos humanos de Naciones Unidas.

Trascurridos unos años de negociaciones las perspectivas de apoyo por la Unión Europea no se han despejado. En este sentido el Consejo de la Unión Europea no ha adoptado, de conformidad con el art. 218.2 del Tratado de Unión Europea una decisión de apertura de negociaciones, ni unas directrices de negociación ni ha designado un negociador ni, por ello, ha establecido un mandato. Esto supone que la Unión Europea en sentido estricto está al margen de la negociación. Además, el representante de la Unión Europea en Naciones Unidas, Guus Houttuin destacó durante la sexta sesión de negociaciones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta para la elaboración de un instrumento internacional legalmente vinculante sobre Empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respeto a los derechos humanos (Ginebra, Naciones Unidas, 26/30 de octubre de 2020) algunas deficiencias del Tratado, como la ambigüedad de los Principios rectores de Naciones Unidas, la confusión del alcance de la responsabilidad civil y penal, de la ley aplicable y la cooperación judicial e indicó que la UE está considerando actualmente una legislación regional sobre derechos humanos y obligaciones de debida diligencia ambiental para las empresas de la UE en 2021, y especificó que la participación de la Unión Europea se limitaría a aclarar cuestiones dada la falta de mandato formal³².

³¹ Vid sobre la génesis O., DE SCHUTTER, “Towards a new treaty on business and human rights”, *Business and human rights journal* 1, 2015, pp. 41-67. A., PIGRAU, “Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del Consejo de derechos humanos de las Naciones Unidas”, *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, C., MARULLO, F., ZAMORA, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 27-68

³² Esta información es la que aparece en la página web de Naciones Unidas, relativa a la negociación del Tratado vinculante empresas y derechos humanos, de Naciones Unidas.

VI. Principales estándares de organizaciones internacionales.

30. El papel de las empresas en la protección internacional de los derechos humanos se empieza a plantear en los años sesenta³³ en el marco del *Derecho internacional de inversiones y del derecho al desarrollo*, en las relaciones norte-sur, en la descolonización y en la aspiración a un *Nuevo orden económico internacional* (NOEI). En las relaciones internacionales el Derecho internacional público ha regulado los comportamientos del poder público, debido a la dimensión horizontal de este orden jurídico, si bien una sociedad privada internacional que, indicaba Rigaux, se ha construido en el vacío jurídico, pues no el Derecho internacional clásico ni el derecho internacional privado aportan las reglas cuya necesidad, decía en 1977, es urgente³⁴

31. En este marco las preocupaciones principales³⁵ en aquellos años tuvieron que ver con el régimen de inversiones extranjeras y de las sociedades transnacionales. Fue la dificultad de llegar a un convenio multilateral vinculante lo que conduciría a la elaboración de un código de conducta, al que se referían tanto la Resolución 1913 (LVII) del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas como el programa de acción relativo a la instauración de un nuevo orden económico internacional. En todo caso la noción de código de conducta no encajaba en las categorías jurídicas tradicionales. En este contexto en 1974 se crea la comisión de sociedades transnacionales en aplicación de la Resolución 1913 (LVII) del Consejo económico y social de Naciones Unidas.

32. En 1977 la Organización internacional del Trabajo aprobó la *Declaración tripartita de principios sobre Empresas multinacionales y política social*, que aborda la cuestión desde su marco competencial. No era una declaración vinculante para las multinacionales. En 1988 se completó con la *Declaración sobre los principios y los derechos fundamentales en el trabajo*, que se refiere a la libertad de asociación, al derecho de negociación colectiva, a la eliminación de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, y de la discriminación en el empleo.

33. En 1976 en la OCDE se aprobaron unas *líneas directrices para empresas multinacionales de la OCDE*, de naturaleza recomendatoria, que empezaron a referirse a derechos humanos en 2000 y, posteriormente, se ampliaron (2011). Su respeto es voluntario, si bien los Estados partes de la organización se comprometen a promover su cumplimiento. En 2018 se aprueba una *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*. Además se han aprobado guías sectoriales de debida diligencia en cadenas de suministro en el sector extractivo y financiero³⁶. Asimismo la OCDE adoptó medidas sobre obligaciones de debida diligencia relativas a un enfoque común sobre créditos a la exportación, en 2012.

34. *Global compact*³⁷ es una iniciativa que se aprueba en 2000 y las empresas que se adhieren a la misma asumen diez principios, lo que per se era muy innovador. Se lanzó en el foro económico de Davos por Kofi Annan para hacer un mercado mundial con legitimidad y equidad. Incluye obligaciones de *soft law* de las multinacionales. Muchas multinacionales se han adherido al global compact, al igual que la FIFA o el Comité Olímpico internacional. Algunos lo ven con espíritu muy crítico,

³³ Vid. F. MARRELLA, "Droits de l'homme et activités des sociétés transnationales", *RCADI*, pp. 60 ss.

³⁴ F. RIGAUX, *Droit public et Droit privé dans les relations internationales*, Editions A. pedone, París, 1977, 486 pp., p. 3

³⁵ R., BERMEJO, *Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridiques*, Editions Universitaires Fribourg, Suisse, 1982, 505 pp., 270 ss.

³⁶ OCDE *Due diligence guidance for responsible supply chains of minerals from conflict-affected and high risk areas*, París, 2016; OCDE *Due diligence guidance for responsible supply chains in the garment and footwear sector*, París, 2018; OCDE *guidande responsible agricultural supply chains*, París, 2016. OCDE *Due diligence guidance for meaningful stakeholder engagement in the extractive sector*, París, 2017; OCDE *Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains*, París, 2017.

³⁷ Vid. L., BOISSON DE CHAZOURNES, E., MAZUYER, *Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

como parte del marketing. El problema principal es la falta de control de puesta en práctica de los compromisos³⁸.

35. La organización internacional de normalización (ISO) aprobó en 2010 la *Norma ISO 26000 Guía sobre responsabilidad social*, que ni es vinculante ni es certificadora y tiene por objeto impulsar un comportamiento responsable de las empresas, en relación con buenas prácticas de responsabilidad social corporativa.

36. Algunas entidades financieras han reconocido su responsabilidad, como el Banco Europeo de inversiones (*Declaración sobre los principios y estándares medioambientales y sociales*, de 2009), el Banco Europeo de reconstrucción y desarrollo (*Política medioambiental y social*, 2019), la Corporación Financiera Internacional (*Política sostenible*, 2012), el Banco interamericano de desarrollo o el Banco Mundial. Han introducido elementos de debida diligencia en sus proyectos, si bien no es algo generalizado en el sector.

37. Asimismo se han creado *mecanismos de autorregulación* de los ANE, generales y sectoriales, que plantean la cuestión de si el DI se está degradando o si, por el contrario, refleja una etapa en el desarrollo progresivo del Derecho internacional³⁹. Se plantean dudas sobre el papel de los ANE en la evolución y desarrollo progresivo del DI. Algunos autores se refieren a la regulación colaborativa (entre sujetos y ANE)⁴⁰, que plantea cambios en la naturaleza del proceso nomogénico internacional.

VII. Los Principios Rectores empresas y derechos humanos de Naciones Unidas

38. Los *Principios Rectores* suponen un momento de cambio en los estándares internacionales. Se han convertido, como indicaba en 2021 el Grupo de trabajo de Naciones Unidas, en un *concepto transformador*. Se concibieron como un punto de partida para abordar los desequilibrios entre el Estado, las personas y los mercados. Han servido para tomar conciencia y para que se plantee el tránsito de las obligaciones voluntarias a los estándares jurídicos. Hay un consenso en la OCDE sobre la necesidad de establecer requisitos jurídicos basados en los Principios Rectores y en los estándares antes indicados.

39. El *origen* de los Principios Rectores está en la propuesta inicial de Argentina, India, Noruega, Nigeria y Rusia. Se realizaron con la colaboración del mundo empresarial y de ONGS de la sociedad civil como Oxfam o Global victims, entre otras muchas. Su finalidad era hacer -indicaba Ruggie- un “progreso acumulativo global”. Se basaron en conversaciones con muchos grupos, expertos, miembros de la sociedad civil, consultas.

40. No se abordaba desde el binomio obligatorio/no obligatorio sino desde la idea de *impulsar la gobernanza internacional tanto con el papel del Estado como de las propias empresas*. Su gran aportación era establecer un marco, un *proceso* que generase una dinámica de buenas prácticas. Los principios tenían vocación de desarrollo progresivo, pues no cabría que se aplicasen igual ni en todos los países, sectores y actividades. Indica Prandi⁴¹ que la propuesta suponía un “by-pass a los que históricamente defendían un instrumento vinculante para la regulación de las empresas, trasladando hábilmente el debate del ámbito jurídico al de la ciencia política y las relaciones internacionales”.

³⁸ F., MARRELLA, *Droits de l'homme...*, cit., p. 71.

³⁹ Cfr. C. BAILLIET, *Non State actors, soft law and protective regimes. From the margins*, Cambridge University Press, 2014, 318 pp.

⁴⁰ Sobre esto K. BUHMANN, *Power, procedure, participation and legitimacy in global sustainability norms. A theory of collaborative regulation*, Routledge, 2017

⁴¹ M. PRANDI CHEVALLIER, “Los principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: significado y alcance”, *Empresas y derechos humanos, Tiempo de paz*, n° 22, otoño de 2016, pp. 15 ss.

41. Los *Principios Rectores empresas y derechos humanos fueron así la alternativa ante las dificultades que planteaba realizar un tratado internacional vinculante, en las décadas previas, en intentos similares.*

Con los Principios Rectores se pretendía lograr un mínimo consenso global que luego se desarrollase. Señala Noval Pato⁴² que a través de los mismos se pretendía hacer confluír la dinámica de los Estados (y el orden internacional), de las empresas (y sus mecanismos de autorregulación) y de la sociedad civil (y su labor de sensibilización y de presión), que van por lógicas distintas.

42. En el Derecho internacional la proliferación de recomendaciones y otras normas de *soft law* ha llevado a difuminar algunas reglas. En el ámbito empresas derechos humanos, lo mismo que en otros, se ha producido una proliferación de instrumentos de *soft law*. Laserre estima que la proliferación de fuentes conduce a su mayor relatividad. En esta línea señala Esteve que ha habido una “hiperinflación de iniciativas de *soft law* de cuestionable eficacia”⁴³. Vivimos, indica Jiménez García, en un tiempo líquido, una sobre-estandarización o sobre-producción del derecho⁴⁴. Ahora bien la inflación de *soft law*, de recomendaciones es lógica porque el proceso que da lugar a una norma es progresivo, en ausencia de un legislador central internacional. Hay resistencias de los Estados en obligarse, lo que les lleva a aceptar mejor compromisos no obligatorios, políticos, o meramente declarativos. Pero el derecho suave, o en agraz, el no derecho, tiene relevancia en el sistema normativo. Puede estar en el origen de un proceso de normación, pues los tratados o las costumbres no surgen del vacío, sino que viene precedidos de *soft law*. También puede tener un efecto cristizador y ser el punto de llegada de una norma en la formación de una costumbre⁴⁵. Y, como vemos, también dan lugar a desarrollos del derecho comparado que luego pueden contribuir al desarrollo del derecho regional europeo e internacional.

43. Estamos en un ámbito, el de las empresas y los derechos humanos, que es ejemplo en el fenómeno de desarrollo normativo más allá de la esfera interestatal, lo que ha dado lugar a que se plantee si existe un *derecho internacional administrativo* (o un derecho administrativo internacional) que sería el resultado tanto de la acción de las organizaciones internacionales como, en la sociedad global de diversas fuentes tales como autoridades nacionales reguladoras que establecen redes, administraciones nacionales que cooperan, instituciones privadas (como la organización internacional de normalización, ISO), entre otras, lo que plantea difíciles cuestiones relativas a la naturaleza jurídica del denominado derecho administrativo global⁴⁶

44. Esto introduce un *panorama normativo confuso* sobre el que es importante realizar una labor de cribado que permita tomarse en serio los derechos humanos y no confundir la violación de una obligación o de una recomendación. Los desarrollos mediante el derecho interno (una ley de diligencia debida) y el Derecho internacional (un tratado o una directiva) permiten desarrollar progresivamente y codificar el derecho en este sector en cambio, lo que sería necesario. Y para ello también es conveniente seguir la vía del desarrollo del derecho interno, sobre la que vamos a ver los principales modelos.

⁴² J., NOVAL PATO, “¿Los derechos humanos en la agenda del gobierno corporativo?. En especial, la obligación de “due diligence””, *Revista de derecho de sociedades*, núm 60, 2020

⁴³ J.E., ESTEVE MOLTO, “La limitada responsabilidad de las empresas transnacionales: el necesario tránsito del *soft law* autoregulatorio a un Tratado vinculante”, *Os sujeitos não estaduais no direito internacional*, Pereira Coutinho, F., Tiago de Melo, Rodríguez Barrigón, J.M., Ed Petrony, pp. 2019-237.

⁴⁴ N.V., LASERRE *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Lexis Novis, París, pp. 1 ss; F., JIMENEZ GARCIA, *Derecho internacional líquido. ¿Efectividad frente a legitimidad?*, Civitas. Thomson Reuters, 2021, pp. 24 ss.

⁴⁵ C.FERNÁNDEZ LIESA, *El sistema universal de derechos humanos: teoría y realidad*, Zaragoza, 2021, p. 40

⁴⁶ Vid. C., BORIES, “Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique: tâtonnements et hésitations du Droit et/ou de la doctrine”, *Un droit administratif global?*. Cedin, Ed. A Pedone, 2012, p. 57.

VIII. Modelos de derecho comparado

a. El modelo francés

45. El modelo francés reposa en la *ley relativa al deber de vigilancia* que, en 2017, adoptó la Asamblea Nacional. Esta ley modificaba el código de comercio incluyendo un nuevo artículo L 225, que establece criterios sustantivos para cualquier sociedad que, en dos ejercicios consecutivos, tenga al menos 5.000 asalariados y a sus filiales directas e indirectas cuya sede social esté fijada en territorio francés, o al menos tenga 10.000 asalariados en su seno y en sus filiales directas o indirectas cuya sede social esté en territorio francés o en el extranjero.

46. En estos casos la sociedad tiene que poner en marcha de manera efectiva un *plan de vigilancia*. Las filiales o sociedades controladas que superen el nivel mencionado se entiende que pueden cumplir con sus obligaciones si la sociedad que las controla (en el sentido del art. 223, 3) establece y pone en marcha un plan de vigilancia relativo a la actividad de la sociedad y del conjunto de las filiales. El plan incluye *medidas de vigilancia* propias para identificar los riesgos y para prevenir las afectaciones graves a los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas así como el medio ambiente, que resulten de las actividades de la sociedad y de las sociedades que controla en el sentido del II del artículo L 233-16, directa o indirectamente, así como de las actividades de los subcontratistas o de los proveedores con los que se mantiene una relación comercial, cuando estas actividades se vinculan a dicha relación. El plan tiene la lógica de realizarse con la colaboración de las filiales y debe comprender las medidas siguientes: -Una *cartografía de los riesgos* destinada a su identificación, su análisis y su jerarquización; -Procedimiento de evaluación regular de la situación de las filiales, subcontratistas y proveedores con los que se mantiene una relación comercial, en relación con la cartografía de los riesgos; -Acciones adaptadas para la atenuación de los riesgos y a la prevención de daños graves; -Un *mecanismo de alerta y de recogida de señales relativos a la existencia o a la realización de los riesgos*, establecido en concertación con las organizaciones sindicales representativas de dicha sociedad; -Un *dispositivo de seguimiento* de las medidas puestas en marcha y de evaluación de su eficacia. El plan de vigilancia debe hacerse público e incluirse en un informe. Un decreto puede completar las medidas de vigilancia y precisar las modalidades de elaboración y de puesta en marcha del plan de vigilancia

47. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones se preveía que si una sociedad no respeta las obligaciones indicadas en cuanto al plan de vigilancia cualquier persona con un interés legítimo puede acudir a la jurisdicción competente. Y que el juez puede condenar a la sociedad al pago de una multa civil de un montante que no puede ser superior a los 10 millones de euros. El juez debe fijar, se indicaba, el montante de la multa en proporción con la gravedad de la falta y en consideración a las circunstancias de éste y de la personalidad de su autor⁴⁷. La multa no podía ser una carga deducible del resultado fiscal.

48. La *Decisión n° 2017-750D de 23 de marzo de 2017 relativa a la ley de deber de vigilancia de las empresas*, del Consejo constitucional francés consideró estas penas contrarias al *principio de legalidad de los delitos y las penas* por falta de claridad y de referencia normativa, y porque la sanción no estaba suficientemente definida. El Consejo constitucional consideró que tenían razón (pár 13 de la decisión) “teniendo en cuenta la generalidad de los términos empleados, del carácter amplio e indeterminado de la mención a los “derechos humanos” y a las “libertades fundamentales” y del perímetro de sociedades, empresas y actividades que entran dentro del ámbito del plan de vigilancia instituido, por lo que el legislador no podría, sin desconocer las exigencias del art. 8 de la Declaración de 1789 y con independencia del objetivo de interés general de la ley. Por lo tanto estimó que la multa era inconstitucional.

⁴⁷ Además el incumplimiento de las obligaciones del plan compromete la responsabilidad del autor y le obliga a reparar el daño que la ejecución de esas obligaciones hubiera podido evitar. En este caso el montante de la multa señalado puede ser incrementado hasta tres veces, en función de la gravedad y de las circunstancias del incumplimiento y del daño

Ello no obstante y a pesar de la petición de los demandantes consideró que si que cabía comprometer la responsabilidad y reparar los daños que el incumplimiento de las obligaciones de vigilancia hubiera podido producir, en virtud de los artículos 1240 y 1241 del código civil. Asimismo el Consejo de Estado estimó que la obligación de publicidad del plan de vigilancia no limitaba la libertad de emprendimiento (reconocida por el art. 4 de la Declaración de derechos humanos, de 1789) y que era conforme con otras cuestiones.

Los Tribunales franceses ya han adoptado diversas decisiones sobre la ley, y parece que la jurisdicción competente será la civil⁴⁸. En todo caso la primera reclamación por daños sobre la base de la ley de vigilancia fue presentada frente a una compañía francesa por 11 ONGs francesas y americanas el 3/III/2021 *Tribunal judiciaire de Saint Etienne contra Casino*, una empresa con actividades en Brasil y en Colombia en relación con su posible implicación en la deforestación de la selva amazónica.

b. El modelo alemán y el de California

49. En Alemania destaca el acto *legislativo sobre el deber de cuidado en derechos humanos en las cadenas de suministro*, que entrará en vigor en 2023 para compañías de más de 3.000 empleados, y para 1000 desde 2024, que tendrán la obligación de adoptar acciones de defensa de derechos humanos en sus propias actividades y en sus cadenas de suministros. Las empresas deben comportarse de acuerdo con la debida diligencia en relación con los derechos humanos y ciertos riesgos medioambientales. Un análisis de riesgos debe realizarse al menos una vez al año, con requerimientos para informes regulares y la implementación de medidas preventivas donde se identifican riesgos. La propuesta no incluye disposiciones de *civil liability* ante la oposición del Ministro alemán de economía y de las compañías que temía consecuencias jurídicas impredecibles y litigaciones masivas. Sin embargo el Acta crea un derecho a las ONGs y a los sindicatos de litigar ante las Cortes alemanas en nombre de los particulares afectados, por violación de derechos humanos.

50. En California el modelo se basa en la *información al consumidor*, que a nuestro juicio no son los más relevantes ni los que se deberían emular -lo que no obsta que en la propia ley se pueda contener disposiciones en esta cuestión-. La lógica sería que el consumidor no compraría productos o servicios que vengan acompañados de violaciones de derechos humanos. En este sentido destaca la *ley de California sobre transparencia en la cadenas de suministros, de 2010*. Esta ley pretende que sea el consumidor el responsable al adquirir bienes producidos por empresas que gestionan de manera responsable sus cadenas de suministros⁴⁹. Esta ley obliga a las multinacionales a divulgar sus acciones a favor de la erradicación de las violaciones de derechos humanos no solo en la empresa, sino también en la cadena de suministro (p. 181). En esta ley empresas y consumidores (privados) juegan un papel en erradicar las violaciones de derechos humanos. La ley sanciona a las empresas por no publicar información empresarial, sin entrar a valorar lo que esa información contenga. Por ejemplo, si la empresa no hace nada en la cadena de suministro y se informa de ello, no ocurre nada, pues se cuenta que sea el consumidor el que garantice el éxito de la ley.

51. En el caso *Barber v Nestle* (USA) un tribunal de distrito rechazó la demanda contra Nestlé planteada por la demandante (Barbie) por la denominada *safe harbour doctrine* (*doctrina del puerto seguro*). La ley no obliga sino a informar, no a realizar acciones contra la esclavitud. Los demandantes sostenían que Nestlé tenía que dar otra información al vender su producto, por ejemplo sobre trabajos

⁴⁸ Así, el 20/XII/2020 la Corte de apelación de Versalles ha adoptado dos decisiones que confirman que los tribunales comerciales (y no los civiles) tienen jurisdicción exclusiva en estos temas, lo que puede revisar la Cour de Cassation. El 11/II/2021 el Tribunal judicial de Nanterre consideró sin embargo la exclusiva jurisdicción de las cortes civiles y no comerciales para determinar si las compañías comerciales cumplen o no con su plan de vigilancia

⁴⁹ Vid. A. MUÑOZ FERNÁNDEZ/ J. SALES PALLARES, "Las leyes antiesclavitud: primeras respuestas judiciales", *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Chiara Marullo, Zamora, F., Ed. Científica, 2018, pp. 277 ss.

forzados posibles, lo que se entendió que no procedía pues no lo había especificado el legislador. Hay que ser conscientes de las limitaciones de estos modelos. Como han analizado Chambers y Yilmaz⁵⁰ el Estado se ha retirado de la obligación de vigilancia en aquellos casos en que dichas funciones parecen hacerlas los consumidores, la sociedad civil y los inversores. Llegan a la conclusión que esta casi *retirada de la vigilancia y de la aplicación de las leyes que quedan bajo la responsabilidad de los consumidores y de la sociedad no es positiva*. Sin un mecanismo regulador que asegure la calidad de la información así como procesos de debida diligencia y que imponga sanciones por su incumplimiento no solo esos procesos de información pueden ser inadecuados, sino que hay un riesgo de información engañosa y de procesos defectuosos que pueden enmascarar impactos nocivos en los derechos de los trabajadores y en las cadenas de suministros. Una aproximación más efectiva de vigilancia y cumplimiento exige que el Estado sea el actor clave a través del cual el consumidor, la sociedad civil y los inversores pueden responsabilizar a las empresas.

c. Modelos basados en la violación de normas de *Ius cogens*

52. Resulta de interés diferenciar entre obligaciones de derechos humanos vigentes para el Estado en virtud de tratados internacionales a los que se ha comprometido de otras obligaciones internacionales vigentes en virtud de normas consuetudinarias de alcance general. El derecho internacional de los derechos humanos internacionalmente reconocidos forma parte de los compromisos consuetudinarios y generales que tiene la Comunidad internacional de Estados en su conjunto y por lo tanto los Estados miembros de la misma *uti singuli*, de tal manera que sería exigible a todos ellos su cumplimiento, siendo un estándar asimismo exigible desde la perspectiva del Derecho internacional a las empresas.

53. Asimismo hay que distinguir entre las normas internacionales *erga omnes* y las de *Ius cogens*. Como ha tenido oportunidad de reflexionar la CDI y la doctrina⁵¹ la existencia del *Ius cogens* y sus características propias tienen una especial incidencia en el Derecho internacional de los derechos humanos, siendo normas que protegen los valores esenciales de la Comunidad internacional. Una ley de debida diligencia debiera incluir un régimen especial en cuanto a estas normas, de debida diligencia reforzada.

54. Hay que distinguir las normas de *Ius cogens* de la noción de *Derechos humanos internacionalmente reconocidos*, que tiene un efecto *erga omnes* de las normas de *Ius cogens*, que debieran tener un régimen de debida diligencia reforzada. Son normas de *Ius cogens* todas aquellas reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto con tal naturaleza, de acuerdo con lo indicado por el art. 53 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados, de 1969. Además no cabe duda de que se consideran como normas de *Ius cogens* algunas que tienen especial relevancia en el ámbito empresa derechos humanos, como las que prohíben la trata de seres humanos, el trabajo forzado, el genocidio, la discriminación racial y el apartheid, la tortura y los tratos inhumanos y/o degradantes, la vulneración del derecho de libre determinación, los crímenes contra la humanidad, las normas intransgredibles de derecho humanitario, la que prohíbe el uso o la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, entre otras. A estos efectos es conveniente que una ley tenga un régimen especial de debida diligencia empresarial reforzada cuando exista un efecto adverso potencial o real de violación de normas de *Ius cogens*, tanto para que las empresas realicen una vigilancia reforzada como por las consecuencias que deben aplicarse en esos casos que, además de las generales, lleven a la nulidad e inaplicabilidad de todo acto jurídico contrario a una norma de *Ius cogens*, tales como contratos, leyes internas, tratados

⁵⁰ R. CHAMBERS/ A. YILMAZ VASTARDIS, “Human rights disclosure and due diligence laws: The role of regulatory oversight in ensuring corporate accountability”, *Chicago Journal of International Law*, 2021, pp. 323 ss; *The Danish Institute for human rights, How do the pieces fit in the puzzle?. Making sense of EU regulatory initiatives related to business and human rights*, January 2022; Clifford Chance, *Business and human rights. Navigating a changing legal landscape*, January 2022; E. JACKSON, “The case for ecoliability: Post okpabi justifications for the imposition of liability on parent companies for damage caused to the environment by their subsidiaries”, *LSE Law review*, 2021 pp. 62 ss;

⁵¹ Vid. C. GUTIERREZ ESPADA, *De la alargada sombra del Ius cogens*, Comares editorial, Granada, 2021, 189 pp

internacionales u otros actos jurídicos, en una aplicación coherente y expansiva de los artículos 27 y 53 del convenio de Viena sobre derecho de los tratados.

55. Algunos Estados han adoptado leyes de debida diligencia solo cuando se violan o hay riesgo de violación de algunas normas de tal naturaleza. Es el caso de la *Child labour due diligence act* (2019) que introduce la obligación de debida diligencia de las empresas, de cualquier tamaño o clase, para investigar si sus bienes o servicios han sido producidos utilizando mano de obra infantil. Las empresas tienen que preparar un plan de acción si hay motivos para sospechar que puedan surgir problemas de ese tipo. Habrá una supervisión reguladora de la aplicación por las compañías del cumplimiento de las medidas. Se prevén también posibles multas y posibles responsabilidades penales a nivel de dirección. Holanda es uno de los países con sanciones penales en el marco de la debida diligencia en derechos humanos. Del mismo modo, en el Reino Unido la *modern slavery act 2015* fue una de las primeras medidas para hacer frente a cadenas de suministro. El modelo ha sido criticado porque no hay un régimen de cumplimiento y se basa fundamentalmente en que las compañías deben realizar una *declaración*, por lo que se ha planteado desde 2020 reforzarlo mediante diversas medidas, incluidas las del derecho penal.

56. En este sentido hay una *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe la *discriminación racial y el apartheid, el genocidio, la trata de esclavos, o la que reconoce el derecho a no ser sometido a torturas y/o tratos inhumanos o degradantes, los principios intransgredibles de derecho internacional humanitario, o la obligación de respetar el derecho de libre determinación*. Sobre estas normas de *ius cogens*, que tienen un fundamento y origen consensualista que exige que la comunidad internacional de Estados en su conjunto así lo acepte (artículo 53 del convenio de Viena sobre derecho de los tratados) se debe establecer un régimen especial pues son normas de *ius strictum o preceptivum* que protegen los intereses más esenciales de la Comunidad internacional, un orden público internacional que ha sido aceptado no solo por España sino por el conjunto de los Estados y que forman parte del núcleo duro de derechos humanos. Estas normas tienen un régimen especial en el Derecho internacional, tanto por lo que se refiere a su formación como a los efectos jurídicos de su violación. Cuando se viola una norma de *ius cogens* se multilateralizan las obligaciones (que serían erga omnes) y todos los Estados tienen la obligación de cooperación para eliminar esa violación (de ser posible), de no reconocer la situación resultante de la misma y para hacer lo posible para la cesación del hecho ilícito de extrema gravedad que supone.

57. Tal vez esta es la línea que apunta la jurisprudencia de Canadá en el *asunto Nevsum Resources Ltd v Araga* (2020) en el que la jueza Abella ha considerado que la “deferencia basada hacia sistemas jurídicos extranjeros acaba donde empiezan claras violaciones del Derecho internacional y de los derechos humanos”. En cuanto al eventual sometimiento de las empresas al Derecho internacional la juez Abella y otros cuatro colegas (una mayoría escasa han considerado que la *doctrina de la incorporación del derecho internacional consuetudinario y la aplicación de normas de Ius cogens* es relevante en un Estado extranjero hay fundada y reiterada conciencia de lesiones de los derechos humanos. Los tribunales (canadienses) están legitimados para considerar evidencias de la situación general de tales derechos

IX. La debida diligencia como concepto motor.

58. La debida diligencia es una noción que se ha puesto de moda en relación con las responsabilidades de las empresas en derechos humanos. Vamos a analizar su alcance en el marco del Derecho internacional y su aplicabilidad a una ley empresas y derechos humanos.

a. La noción de debida diligencia en el Derecho internacional.

59. La debida diligencia es un término de arraigado origen histórico, que viene del término latino *dis-ligentia*, que se refiere al cuidado con el que se hacen las cosas o, en un sentido inverso, con la

falta del mismo (*neg-ligentia*). Se utilizaba en el derecho privado romano en tanto que la diligencia que se le pedía a un buen padre de familia. En el ámbito empresarial se utiliza desde la traducción del término inglés *due diligence* que tiene otras connotaciones en su vinculación con el más reciente derecho de los negocios. Se ha producido, indica Besson⁵², un recurso sistemático al inglés cuya aplicación a las empresas puede resultar problemática, pues tal vez no contribuye suficientemente a su clarificación conceptual. En relación con las empresas sería más adecuado utilizar el término *vigilancia*, de la ley francesa. El término *debida diligencia* se usa en el Derecho internacional desde arbitrajes de fines del siglo XIX en relación con los Estados, en contextos muy distintos al de las empresas. La *due diligence* viene en relación con éstas de los estándares de derecho de los negocios y de la práctica comercial americana, indica Besson, que se refieren a procedimientos de evaluación puramente fiduciarios de examen minucioso de una empresa por un eventual comprador, lo que tampoco tiene relación con el objeto de la ley de *debida diligencia* ni, en puridad, con los derechos humanos. No se trata sin embargo de enzarzarse en debates puramente terminológicos, que pueden solventarse si se define qué debe entenderse por *debida diligencia* de las empresas. Tal vez sea inevitable su uso al haberse extendido, si bien parece más adecuado el de *vigilancia*, que resulta más diáfano. Se ha producido una transposición de la *debida diligencia* de las empresas en el derecho de los negocios a la *human rights due diligence* de las empresas por extensión de un *corporate due diligence*, como indica la citada autora Besson.

b. La debida diligencia del Estado

60. Una obligación de *debida diligencia* la tiene, en primer lugar el Estado. Con este estándar de *debida diligencia* del Derecho internacional público los Estados tienen la *obligación de prevenir, proteger y de reparar los daños*, lo que les obliga a probar que han tenido cuidado (*standard of care*) y a no hacer daños (*no harm rule, duty not to harm*), adoptando medidas razonables aptas para proteger los intereses o los derechos de otros Estados, de otros sujetos de Derecho internacional, o de nacionales extranjeros contra los riesgos de realizar daños en su territorio o bajo su jurisdicción o control, en materia de medio ambiente y de derechos humanos

61. Según el conocido principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* todo Estado está obligado a evitar que las actividades que se realizan en su territorio (terrestre, aéreo, marítimo) o bajo su jurisdicción (aviones, buques, Embajadas..) o control (de facto) se causen daños a otros Estados. Este principio fue precisado en el célebre asunto de la *Factoría del Trail*, en un famoso laudo de 1941⁵³. Este es el fundamento de la distinción en el *Derecho internacional de la responsabilidad entre la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos*, cuyo proyecto, que refleja el derecho vigente, aprobó la Comisión de derecho internacional en 2001, y el *proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, que parte del principio -entre otros- de que la libertad de los Es-

⁵² S. BESSON, *La due diligence en Droit international*, The pocket books of the Hague Academy of International law, vol. 46, 2021, p. 19 ss. Vid. Además, A., PETERS, H., KRIEGER., (Dir.), *Due diligence in International law*, Oxford University Press, 2020; K., BANNELIER-CHRISTAKIS, "Obligations de diligence dans le cyberspace: qui a peur de la cyber-diligence?", *Révue belge de droit international*, vol. 50, 2, 2017, pp. 612-655; R.P.J., BARNIDGE, "The due diligence principle under international law", *International community law review*, vol. 8, 1, pp. 81-122. J., BONNITCHA, McCORQUODALE, "The concept of due diligence in the UN Guiding principles on business and human rights", *European Journal of international law*, vol. 28, 3, 2017, pp. 899-919; I., CARACCILOLO, "Due diligence et droit de la mer", *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'études franco-italienne du Mans, Paris, pedone, 2018, pp. 163-187; J.F.L., CONTRERAS, *La noción de debida diligencia en derecho internacional público*, Atelier, Barcelona, 2007; A., RODRIGO, "Due diligence obligations as a tool to manage radical vulnerability derived from climate change", M. CAMPINS, R. BENHAOU, (Eds), *Understanding vulnerability in the context of climate change*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 65-84.

⁵³ En aquel caso se trataba de una empresa canadiense que era muy contaminante pero que como consecuencia de la dirección del viento la polución afectaba al suelo americano, pues la fábrica estaba cerca de la frontera. Estados Unidos realizó una protesta y quiso que se parase esa situación, pero Canadá invocaba que no se violaba ninguna norma. Finalmente el Tribunal arbitral, una vez examinado el Derecho internacional y el derecho interno americano que se aplica en las relaciones entre los Estados federados acudió a este principio del derecho romano considerando que nadie puede permitir que se use su territorio, o espacios bajo su jurisdicción o control de manera tal que se causen daños a otros Estados.

tados de realizar o permitir actividades en su territorio o bajo su jurisdicción o control no es ilimitada. Estas reglas pueden inspirar el desarrollo e interpretación de las obligaciones de debida diligencia pues se basan en la *teoría del riesgo por actividades peligrosas* que aborda la necesidad de adoptar medidas de prevención y de cooperación frente a riesgos previsibles. Esto se ha aplicado en el derecho internacional del medio ambiente en las relaciones entre Estados. En derechos humanos sería una extensión de la lógica aplicable a este otro sector.

62. En este sentido en el artículo 1 del proyecto de la CDI sobre la responsabilidad por contaminación transfronteriza se aplica a las actividades no prohibidas por el Derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. Esto limita la aplicabilidad del proyecto a *las actividades contaminantes de carácter transfronterizo*. A tal efecto si hay un riesgo de causar un daño transfronterizo (art. 2, a) el Estado de origen tiene la obligación de adoptar las medidas apropiadas de prevención para prevenir el daño y, en su caso minimizarlo. De ahí que las empresas como las *extractivas, de las petroleras, los Estados deben exigir (el de origen y el de destino de su actividad) que se bevalúe el riesgo de causar daños y que se contribuya en las medidas de prevención*. Además el Estado está obligado a adoptar estas medidas diligentes en conexión con el Estado posiblemente afectado por la contaminación transfronteriza. Sería una actividad que se realiza en un Estado y que causa daños a otro Estado vecino. En tales casos el Estado de origen debe requerir -por ejemplo en una actividad contaminante en un río internacional- de unas *actividades de evaluación de riesgos, de consulta sobre las medidas de prevención de daños, de análisis sobre los factores de equilibrio de intereses, de comunicación y notificación entre los Estados afectados, a los efectos necesarios para que dicha actividad se realice de acuerdo con el Derecho internacional*. El Estado está directamente obligado, no es solo una obligación de la empresa, ni principalmente.

63. La debida diligencia del Estado en relación con las actividades empresariales y en el marco de su obligación de legislar debe reflejarse en otras dimensiones. En primer lugar en una *obligación general de respetar y proteger los derechos humanos y el medio ambiente* que comprende la obligación de prevenir todo efecto adverso sobre los mismos en el contexto de las actividades empresariales. A tal efecto el Estado debe velar por evitar que las empresas que están en su territorio o que actúan bajo su jurisdicción o control causen o contribuyan a causar efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente, así como para difundir entre las empresas los estándares debida diligencia. Además el Estado debe evitar que se produzcan desde su territorio o bajo su jurisdicción o control daños sensibles a otros Estados, para lo que debe cooperar con los posibles Estados afectados y con las organizaciones internacionales para, en su caso, establecer mecanismos de vigilancia apropiados.

64. Asimismo resulta conveniente desarrollar obligaciones específicas respecto de la *contratación pública*, lo que en el caso de España debiera llevar a modificar la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. A las empresas que contraten con el Estado debiera exigirse que cumplan con la debida diligencia en derechos humanos. Y ello porque el Estado debe dar ejemplo al sector privado, de un lado, y porque de otro el comportamiento de empresas públicas puede, en caso de ejercer atribuciones de poder público, ser atribuible al Estado. De ahí que sea conveniente el que haya un *régimen de debida diligencia reforzada para las empresas públicas*.

65. El Estado también debe apoyar a las empresas para lo que debe impulsar *medidas de fomento y de control*. Por lo que se refiere a la primero debe apoyar a las empresas, fundamentalmente a las pequeñas y medianas, para favorecer y apoyar el cumplimiento de sus obligaciones.

66. Por lo que se refiere a lo segundo los Estados deberían crear una *autoridad nacional supervisora de naturaleza administrativa independiente con personalidad jurídica propia, una Comisión nacional de derechos humanos y empresas*, que ejerza las funciones propias de supervisión a las empresas en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos y medio ambiente. El establecimiento de obligaciones para las empresas no tendría suficiente entidad ni sería eficaz caso de que no

fuese objeto de un control especializado que permitiese contribuir a ayudar a las empresas en su labor de debida diligencia, precisar en su caso los requerimientos de debida diligencia reforzada, mantener un registro y supervisar las declaraciones y planes de debida diligencia, realizar recomendaciones, asesorar a los órganos estatales y a las empresas, articular mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje, un procedimiento de reclamaciones y, finalmente, un régimen sancionador que establezca las infracciones y las sanciones, debidamente tipificadas, para establecer un régimen disciplinario de acuerdo con la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

c. La debida diligencia de las empresas

67. La debida diligencia de las empresas puede definirse, de conformidad con los Principios Rectores de Naciones Unidas como “un proceso continuo de gestión que realiza una empresa de manera prudente y razonable a la luz de las circunstancias y en el sector en que opera para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos. En ese proceso de debida diligencia las empresas deben respetar los derechos humanos, prevenir riesgos, realizar políticas a tal efecto. La idea de riesgo de violación de derechos humanos por su actividad es relevante, pues hay que evaluarlos y prevenir que se conviertan en violaciones⁵⁴. De igual modo se ha definido por ISO 26000 a la debida diligencia en derechos humanos como un “proceso exhaustivo y proactivo para identificar los impactos negativos reales y potenciales de carácter social, ambiental y económicos de las decisiones y de las actividades de una organización a lo largo del ciclo de vida completo de un proyecto o de una actividad de la organización, con el objetivo de evitar y de mitigar dichos impactos negativos”. Las definiciones de debida diligencia empresarial tienen estos elementos cuya concreción cambiará la cultura empresarial.

68. Las empresas deberían incorporar mecanismos de identificación, prevención, mitigación de riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente y de reparación de los daños. Los Principios rectores contemplan (11 a 22) la *responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos*. Las empresas no tienen la obligación de proteger y de garantizar derechos humanos sino que no deben violarlos (“abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en que tengan alguna participación”) y deben prevenir la violación, mitigarla y repararla, indican los PR. Si, además, una empresa promueve los derechos humanos sería bueno, pero no forma parte de su objeto, ni es una forma de compensar otros incumplimientos.

69. El abanico de derechos humanos que tiene la responsabilidad de respetar una empresa es el de (PR 12) los *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Los derechos humanos constituyen un lenguaje común de la Comunidad internacional. En España tanto desde la perspectiva constitucional como de los compromisos internacionales adoptados no hay problema para su aceptación. Aceptar ese corpus iuris no genera obligaciones ni derechos humanos que no existan tanto en el derecho convencional como consuetudinario, tanto en el derecho español como en el de la Unión Europea y en el ámbito del derecho internacional. Además pueden concurrir en determinados sectores otras normas de alcance general como las relativas a pueblos indígenas o a conflictos internacionales, por poner dos ejemplos.

d. Elementos básicos de un régimen general de debida diligencia empresarial

70. Un régimen general de debida diligencia se basa en que las empresas incorporen los procesos que reflejen su compromiso de respetar los derechos humanos y el medio ambiente. Los principios operacionales 16 a 21 desarrollan la responsabilidad de debida diligencia, como indicamos⁵⁵. Como

⁵⁴ Vid. Un análisis en P. IBAÑEZ/ V.ORDOÑEZ, “Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos”, *Revista colombiana de Derecho internacional*, 12, enero-junio de 2014.

⁵⁵ Así, el PR 16 indica que para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humano las empresas *deben expresar*

indica el PR 17 este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas⁵⁶. Y que debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos cambian con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas. A fin de calibrar los riesgos (PR 18) las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos y deben recurrir a expertos e incluir consultas con grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas. Deben asimismo integrar las conclusiones de la evaluación (PR 19) en los procesos internos, que deben basarse en indicadores adecuados.

71. Esto supone un *cambio de paradigma del papel de las empresas en derechos humanos*. Estos procesos se basan en la *teoría del riesgo* cuya lógica es que no se prohíbe una actividad que puede causar daños a los derechos humanos y al medio ambiente pues se entiende que es beneficiosa desde otras perspectivas para la sociedad. Pero como más vale prevenir que curar la teoría del riesgo pone el acento en el *daño potencial (frente al daño real)* que debe ser prevenido, del mismo modo que el daño real debe ser reparado.

72. Las empresas deben hacer frente a los “efectos adversos reales y potenciales en derechos humanos y gestionarlos”, expresión que una ley debería precisar. Una ley de debida diligencia no debiera resultar en que las empresas se concentren en riesgos sencillos de resolver, o que están de moda o concitan la atención de los medios de comunicación (diversidad, esclavitud moderna, por ejemplo), pero que no por ello son los riesgos reales que genera su actividad. *Identificar los riesgos reales de las empresas no es tarea sencilla*. En esto la evaluación de impacto en derechos humanos, reales y/o potenciales no pueden ser simbólicas o de plantilla cosa que será difícil de evitar.

73. Las empresas deberían evaluar los efectos potenciales y reales adversos que para los derechos humanos causan sus actividades. A veces las empresas pueden pensar que lo mejor es no atender estas cuestiones. Es lo que se ha llamado la *desventaja de los pioneros*, de una empresa que se pone bajo la luz y los taquígrafos mientras que otras no lo hacen. La transformación de la cultura empresarial por las empresas exige la adopción de incentivos, así como de medidas de seguimiento, indicadores objetivos, difusión de buenas prácticas. Habría que plantear cambios por sectores, para no dar la misma receta a empresas que nada tienen que ver. También sería necesario un cambio o complemento en la formación de los asesores jurídicos de las empresas, en los abogados mercantiles. Algunas de las medidas que implican los PR suponen además la apertura de canales de comunicación entre las Empresas y las voces críticas, las ONGs, la sociedad civil, las víctimas y afectados, los representantes sindicales y los miembros de la comunidad a la que no están habituados las empresas y que no es sencillo de articular. Habría que hacer un acompañamiento en dicha labor.

74. El régimen general de debida diligencia empresarial debería partir de que es un *proceso continuo y flexible*, a la luz de las circunstancias y del sector en que opera. Que este proceso debe llevar a identificar, evaluar, prevenir, mitigar, cesar y en su caso reparar los efectos adversos reales (y potenciales, en la prevención) en derechos humanos y medio ambiente. Realizar esta debida diligencia debe

su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa, se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo, establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos de su personal, socios y otras partes directamente vinculadas, se haga pública y se difunda a todo el personal, socios y partes interesadas y quede reflejada en las políticas y procedimientos operaciones para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

⁵⁶ La debida diligencia, indica el PR 17, además debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones

ser algo que se realice por la alta dirección de la empresa. Los procesos de debida diligencia deben plasmarse al menos en los siguientes elementos.

75. En primer lugar en la obligación de las empresas de realizar una *declaración* al más alto nivel directivo en la que se comprometan a respetar los derechos humanos y el medio ambiente. Esta declaración debe ser específica en cada empresa en relación con el sector en que opera y las circunstancias en que se desarrollan las actividades empresariales así como los posibles efectos reales y/o potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente. La declaración debe ser conocida y en su caso revisada periódicamente. En segundo elemento, que sería el principal, es el de la realización de un Plan de diligencia debida de la empresa que debe abordar los efectos adversos reales o potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente que se pueden producir por las actividades de la empresa. El plan debe reflejarse en una cartografía de riesgos que los identifique, analice y jerarquice y que establezca medidas de prevención, mitigación, cesación y no repetición así como reparación.

76. En estos procesos de debida diligencia se debieran establecer algunas disposiciones de participación de las partes posiblemente afectadas así como de la sociedad civil, tales como ONGs, sindicatos etc.. Asimismo deben las empresas establecer procedimientos de reclamación interna legítimos y accesibles que permitan remediar y reparar los efectos adversos potenciales y/o reales de los posibles afectados en un primer momento. También se podrían desarrollar mecanismos de conciliación y mediación. Todo ello sin perjuicio de posibles reclamaciones ante el órgano nacional supervisor o ante los tribunales de justicia.

77. Y junto al régimen general a algunas empresas se les debe aplicar un *regímenes especiales de debida diligencia* empresarial, en los siguientes ámbitos. En primer lugar, y como ya hemos señalado en relación con la *violación de normas de Ius cogens y con las empresas públicas*. En segundo lugar, con las empresas que operen en *sectores y/o actividades de riesgo*. A tal efecto no cabe duda de que no todas las empresas generan un nivel de riesgo equiparable de violación potencial o real en derechos humanos y medio ambiente, habiendo algunas que serían de alto riesgo. En estos casos habría que establecer un régimen de debida diligencia reforzada. De igual modo debiera establecerse un régimen especial de diligencia debida y pueblos indígenas, de acuerdo con lo establecido por el Derecho internacional general. O en relación con las *empresas en zonas afectadas por conflictos armados u otras situaciones equivalentes*, en las que se deben desarrollar estándares de debida diligencia reforzada. En todos estos casos deben desarrollarse elementos particulares en lo que la labor de la comisión empresas y derechos humanos debe ser relevante. De igual modo la ley debe establecer algunas obligaciones de debida diligencia reforzada que lleve a extremar la información, a precisar los indicadores de análisis y evaluación etc.

X. Otros elementos de una ley de diligencia debida

78. Estamos ante un *modelo abierto*, en el que el margen de maniobra de los Estados para su desarrollo es amplio. En todo caso hay que plantearse las siguientes cuestiones

a. Ambito de aplicación personal

79. Lo primero que se debe determinar es a qué *empresas se debe aplicar una ley de debida diligencia*⁵⁷. Aquí cabe un enfoque más o menos abierto. Algunos autores consideran que se debe aplicar a todas las empresas, lo que no parece razonable a nuestro juicio, cuando pensamos en muchas empresas pequeñas y medianas. De ahí que parezca oportuno establecer un estándar que puede depender de la facturación de la empresa, del número de trabajadores que tenga, o del sector de riesgo en el que opere, para

⁵⁷ Así, Noval Pato indica que se podría aplicar a las grandes empresas, siguiendo lo que por tal se entiende en la Unión (Art. 3 de la directiva 2013/34/UE, de 26/IV/2013). Pero habría que ajustarlo a la luz también de la práctica comparada

los derechos humanos y el medio ambiente. El estándar de la Unión Europea y los estándares de derecho comparado son muy elevados y se aplican solo a empresas con mucha facturación y trabajadores. Parece razonable reducir este estándar a un nivel intermedio. El punto exacto depende de la negociación política, por un lado y de una evaluación real sobre qué empresas deben extremar su vigilancia en materia de derechos humanos y de medio ambiente que tenga un impacto internacional

80. En segundo lugar habría que ver si se establece y cómo algunas *empresas que se consideren de riesgo* para los derechos humanos y el medio ambiente, a las que se debería establecer un régimen de debida diligencia reforzada, como vimos. En este sentido, el Reino Unido ha impulsado desde 2020 medidas para prohibir que grandes empresas que operan desde su territorio usen productos cultivados en tierras que han sido desforestados ilegalmente, lo que implica que se lleve a cabo una labor de debida diligencia en las cadenas de suministro con multas por incumplimiento. Y ha aprobado una guía de riesgos específicos y desafíos de debida diligencia e indicado que aprobará normas de contratación pública que prohíban contratar con proveedores cuando hay evidencias de violaciones de derechos humanos en la cadena de suministros. Habría que prever la existencia de estándares particulares sectoriales y regímenes de debida diligencia en función del sector, el ámbito geográfico en que se actúa (en zonas de conflicto), o en determinadas cadenas de suministro y/o problemas medioambientales. En algunas cuestiones se ha avanzado más que en otras y hay ya parámetros de actuación internacionalmente aceptados que deberían ser tenidos en cuenta en el proceso de elaboración de la ley.

81. Resulta asimismo de interés ver cómo las *nuevas tecnologías y la digitalización*, tanto en el contexto de la Unión Europea como en el espacio virtual podrían incorporar procesos de debida diligencia y qué tipo de medidas podría, en su caso, adoptar un Estado. Es un tema difícil que habría que analizar pormenorizadamente para que no fuese una regulación ineficaz e inútil.

b. Ambito de aplicación territorial

82. Muchas veces las violaciones de derechos humanos se producen en terceros Estados, que serán los competentes jurídicamente. Es difícil (como se ha visto en el caso del Delta del Níger o en el Chevron en Ecuador) que funcionen los sistemas judiciales en esas situaciones para evitar la impunidad de algunas violaciones.

83. Hay una tendencia a que los tribunales de los países occidentales cada vez quieran menos litigios ante sus tribunales por violaciones de derechos humanos cometidos en otros países, como muestra la evolución de la jurisprudencia en Estados Unidos, donde la *Alien tort claims act* (norma de 1789) se utiliza cada vez menos, fundamentalmente desde el célebre caso Kiobel. Esta norma se utiliza como una forma de prevenir, reprimir y violaciones por empresas de derechos humanos en Estados Unidos respecto de sucesos acontecidos fuera. Es una reserva de jurisdicción de los tribunales norteamericanos basada en los tratados internacionales y en un número reducido de normas contrarias a *Ius cogens*⁵⁸, que faculta a los tribunales americanos para conocer de acciones civiles en casos en que un extranjero reclame violaciones del derecho de gentes y tratados internacionales en que EEUU es parte (desde el conocido caso Filartiga, de 1980). La evolución de esta jurisprudencia ha ido a peor. Antes se entendía (desde el Asunto Sosa) que los tribunales tenían jurisdicción sobre un número limitado de conductas contempladas en los tratados internacionales o contrarias al *ius cogens*. Ahora se ha empezado a interpretar la extraterritorialidad desde 2012 de una manera distinta. En 2012 el TS americano se plantea si las empresas resultan responsables a la luz del Derecho internacional y si sus conductas en violación de los DDHH están cubiertas por el Acta. En 2013 emite una decisión que -indican Marullo y Zamora- es

⁵⁸ Vid. el comentario de M. MARULLO/ F.J.ZAMORA, “El Alien tort Statute y las consecuencias del Caso Kiobel en los litigios transnacionales sobre Empresas y derechos humanos”, *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Ed. Scientifica, 2018, pp. 225 ss.

decepcionante pues se considera que el Acta no posibilita una vía a la justicia respecto de las víctimas que sufran abusos de los derechos humanos fuera del territorio de Estados Unidos, salvo que en el caso de que haya una conexión fuerte y demostrable con el territorio del foro. Además, se parte de que hay una presunción contra la extraterritorialidad.

84. Hay que distinguir, en todo caso, la *extraterritorialidad de la jurisdicción universal*. En el caso de España las leyes de 2009 y 2014 eliminaron casi *in toto* (o sin casi) la jurisdicción universal. Cabe recordar que la jurisdicción universal es como indicase el Tribunal constitucional (STC 20/XII/2018; y STC 237/2005; STC 87/2000) una fórmula “garante de un espacio universal de jurisdicción con objetivo de erradicar la inmunidad respecto de la comisión de determinados crímenes, particularmente odiosos para la Humanidad por ser agresiones muy graves de los derechos humanos”. Como es sabido en esas reformas se modificó la Ley orgánica del poder judicial. En la de ley 1/2009, de 3 de noviembre el “recorte” se hacía al deber quedar acreditado que “los presuntos responsables estén en España o la víctima sea de nacionalidad española o se constate algún vínculo de conexión relevante con España y que otro país competente o un Tribunal internacional no haya iniciado una investigación y persecución efectiva”. Pero la reforma de 2014 (13/III) restringió mucho más la jurisdicción universal. Ambas reformas se hicieron como consecuencia de presiones internacionales, por lo tanto de que en la dialéctica entre la defensa de los intereses y la de los valores se optó por lo primero. El Tribunal Constitucional estimó que ambas reformas eran conformes con la constitución. Esas reformas hicieron que España dejase de ser un ejemplo de jurisdicción universal. Como es sabido se ejerció en relación con Argentina (asunto Scilingo, Cavallo), Chile (Pinochet), Guatemala (genocidio maya), Tibet (libre determinación), Estados Unidos (vuelos de la CIA, torturas), Israel (crímenes de guerra), Siria (crímenes de guerra), Sáhara (libre determinación, derechos humanos), Ruanda (Genocidio), y en casos de piratería (asunto Alakrana, Playa de Bakio), entre otros.

85. La jurisdicción universal absoluta no exige ni que el autor ni que la víctima sea española, ni que España o los sujetos sean españoles de nacionalidad (empresas o individuos). Una ley de jurisdicción universal absoluta excede del ámbito de una *ley de debida diligencia aplicable a las empresas españolas*. En su caso se podría rescatar esa jurisdicción universal, modificando la ley orgánica del poder judicial, para el supuesto en que empresas españolas (o sus filiales) participasen en crímenes contra la humanidad, de guerra, contra la paz y genocidios cometidos en cualquier otro país del mundo o si hay una conexión española (de las empresas) en relación con conductas que supongan graves crímenes contra la humanidad, cosa que no es previsible pero que tampoco cabe excluir, por ejemplo en el marco de graves contaminaciones contra el medio ambiente o en otro tipo de conductas que habría que determinar. No cabría para cualquier incumplimiento de los derechos humanos el ejercicio de la competencia *uti universi* pues constituye la excepción a la regla general que es la de la territorialidad, siendo por ello una potestad que puede fundamentarse en unos de los grandes crímenes reconocidos como tal por la Comunidad internacional. En este sentido una cosa es la jurisdicción universal y otra la competencia extraterritorial.

86. También cabría la extraterritorialidad penal en virtud del principio de nacionalidad del autor (competencia personal activa) -y de sus filiales- la persecución de determinadas conductas, en tanto que corolario de la regla clásica de no extradición de nacionales. En Estados Unidos la *Human rights act special prosecution* (de marzo de 2010) permite la persecución en caso de genocidio, crímenes de guerra, tráfico de bienes culturales, tortura, niños soldados. También cabría el ejercicio de esa competencia en virtud de tratados internacionales, como los de contaminación medioambiental por hidrocarburos (de 1969, 1971, 1992)

87. Un Estado puede regular ciertas dimensiones del comportamiento de sus nacionales (empresas) en el exterior (competencia extraterritorial) y adoptar medidas unilaterales que tengan un efecto extraterritorial, como por lo demás ya sucede en el *Derecho de la competencia* (con la doctrina de los efectos) o en materia de *blanqueo de capitales*, entre otras. Es decir, regular comportamientos de empre-

sas o de sus filiales en el exterior que no son permitidos en territorio europeo o americano por ir contra normas de derecho de la Unión europea (o de derecho americano). *Mutatis mutandis* habría que ver en qué medida el mismo argumento podría ser utilizado para normas de derechos humanos que tengan un reconocimiento universal en el Derecho internacional general, por lo que no se estaría vulnerando el derecho de un Estado tercero que, también, estaría vinculado por dicha norma. Habría que evitar que mediante medidas de efecto extraterritorial un Estado vulnerase las competencias exclusivas y excluyente de otro Estado, es decir, tuviese un alcance extraterritorial no permitido.

88. Así por ejemplo las *Ley Helms Burton* mediante la que EEUU impone sanciones a Cuba invocando que ésta vulnera los derechos humanos se considera que no puede tener un efecto extraterritorial en relación con países terceros como España u otros miembros de la Unión Europea por su alcance extraterritorial en terceros, lo que supone que invade las competencias territoriales otros Estados, lo que constituye un hecho ilícito internacional, de no estar justificado. No habría problema en que un Estado como España hiciese por ejemplo depender el acceso a financiación pública o subvenciones y otros apoyos del Estados como un crédito a una condición de respeto y de debida diligencia de los derechos humanos en terceros Estados. El Instituto de Derecho internacional admitió en su sesión de Lisboa (1995) la posibilidad de que se exija a las empresas y filiales determinadas exigencias.

c. Normas de derecho interno afectadas

89. Una ley de debida diligencia que contemple los diferentes elementos para que un Estado haga que sus empresas respeten los derechos humanos afecta a un conjunto de ramas del derecho. De un lado puede tener relevancia para el derecho penal. Si bien a mi juicio las leyes de debida diligencia no son lo mismo que las de *compliance*. No se trata de distinguir solo entre lo penal y el resto. Con la debida diligencia no se trata de impulsar la persecución penal de las empresas sino sobre todo de fomentar que se incluyan procesos de debida diligencia para que incorporen en su ADN y en la cultura empresarial el deber de vigilar si su actuación tiene impactos negativos para los derechos humanos, de prevenir dichas situaciones mediante determinados procesos, de hacer un seguimiento y de reparar las consecuencias negativas de su comportamiento. El art. 31 bis, b del código penal considera penalmente responsable a quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de una persona jurídica, y hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso⁵⁹. Asimismo hay que tener en cuenta el artículo 226, 1 de la ley de sociedades de capital. *Una cosa son las dimensiones penales de las conductas empresariales y otra distinta es la debida diligencia y/o los principios rectores.*

90. Sensus contrario tampoco se trata de que los *modelos de compliance* o bien entren de lleno en el ámbito penal o bien sean de *soft law*, pues pueden ser obligatorios y tener consecuencias y relevancia jurídica distinta. Una ley de debida diligencia debería *evitar que las medidas que se adopten sean puramente estéticas o sirvan para blindar a las empresas de cualquier tipo de responsabilidad, civil, penal, administrativa o de otra naturaleza, al haber rellenado la plantilla de las medidas, al menos en el papel, de manera satisfactoria.*

⁵⁹ En el art. 31 bis, 2 se indica que la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad si 1) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. O, en segundo lugar cuando la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica (...) o si la persona jurídica ha adoptado un modelo de organización y de gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

91. En este sentido la circular 1/2014 de la Fiscalía General del Estado sobre los modelos de *compliance* trasluce el peligro de que los mismos tengan por único objetivo evitar una sanción penal más que el de generar una *cultura empresarial ética*, siendo la exención o mitigación de su responsabilidad criminal una mera consecuencia de tal circunstancia; por ello es de dudosa utilidad un modelo que sirva para certificar una idoneidad. Como indica la fiscalía ese modelo no debería tener más valor probatorio que el que le otorgue el órgano judicial⁶⁰. Del mismo modo habría que evitar que se traslade la responsabilidad de uno a otro, en cascada, con una transferencia de costes y una confusión de responsabilidades o que sea meramente formal, carente de utilidad real.

92. Una ley de debida diligencia no debe quedar solo en unas recomendaciones a las empresas sino que debe ser algo que integre en el derecho esa nueva cultura ética de las empresas, que incorporen en sus procesos la prevención de la violación de los derechos humanos y del medio ambiente así como el resto de las medidas indicadas. En tal sentido y más allá de las dimensiones jurídico penales ya contempladas en el código penal una ley de esta naturaleza sería un paso adelante desde la perspectiva del *derecho administrativo* en la medida en que se crearía un órgano nacional supervisor que como autoridad pública estaría encargado de supervisar la labor de las empresas desde esta perspectiva y que sería la que llevaría la responsabilidad de controlar y asesorar a las empresas e incluso de sancionarlas, llegado el caso. De otro lado, el Estado debería fomentar mediante medidas de apoyo tales como subvenciones y otros apoyos a las empresas.

93. Una ley de esta naturaleza también debería abordar otras cuestiones que tienen relación con el *régimen de responsabilidad civil de las empresas*. En este sentido el incumplimiento por las empresas de sus obligaciones de diligencia debida empresarial puede dar lugar a responsabilidades civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento de conformidad con el código civil. Junto a las posibles responsabilidades administrativas no hay que excluir las civiles, que a su vez no son causa de exoneración de las penales⁶¹.

d. Reparación y acceso de las víctimas a la justicia.

94. Cuando una empresa multinacional o sus filiales causan la violación de derechos humanos en terceros Estados es difícil aplicar los Principios rectores de Naciones Unidas, por muchas causas. Estos principios (nº 22 a 31) establecen que las empresas deben *reparar* las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que no hayan sido previstas o evitadas, con independencia del lugar en el que operen (PR 23, c). Es decir, las empresas tienen la misma responsabilidad en derechos humanos en cualquier lugar en que operen en el que deben respetar los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

95. En particular y en cuanto al acceso a mecanismos de reparación el principio fundamental (PR 25) es que los Estados deben “tomar las medidas apropiadas para garantizar por las vías judiciales, administrativas, legales o de otro tipo que correspondan que cuando se produzcan este tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”.

96. En este sentido en una *ley de debida diligencia habría que incluir procedimientos que den acceso a mecanismos de reparación de daños a los derechos humanos*, que puedan ser administrados

⁶⁰ Vid el comentario de A. CASANOVAS, “La circular 1/2016 de la Fiscalía y los modelos de *compliance*”, Auditoría&Co

⁶¹ En este sentido se ha propuesto por algunas organizaciones no gubernamentales la modificación del código civil mediante un nuevo artículo 1903 bis que se refiera a la responsabilidad de las empresas por daños causados por sus filiales y empresas dependientes, salvo que la empresa pruebe que prestó toda la diligencia debida para prevenir el daño o que su diligencia no habría podido impedir que se produjera. Del mismo modo se ha propuesto la modificación de la ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil, con un nuevo apartado 6 del artículo 217 que invierte la carga de la prueba de tal manera que sería la empresa demandada la que debería probar que empleó la diligencia debida para prevenir los daños alegados o que su diligencia no habría podido impedir que dichos daños se produjeran

-se indica- por una *agencia u organismo del Estado, o por una entidad independiente y tener naturaleza judicial o extrajudicial, tales como tribunales de Justicia (para acciones civiles o penales), tribunales laborales, instituciones nacionales de derechos humanos, oficinas del defensor del pueblo, oficinas públicas de reclamaciones*, por ejemplo, tal y como indican los Principios Rectores.

97. En todo caso (PR 26) los *mecanismos judiciales nacionales* deberían ser eficaces cuando abordan las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, y las víctimas no sufren denegación de justicia o los costes de presentar denuncias no son razonables, entre otras dificultades que pueden verse agravadas por las “desigualdades” entre las partes en las causas de derechos humanos, relacionadas con empresas.

98. También de conformidad con los Principios Rectores los Estados deben establecer *mecanismos extrajudiciales* tales como mecanismos de *mediación*, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de derechos humanos relacionadas con las empresas (PR 27). Asimismo los PR 28 indica que los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a *mecanismos de reclamación no estatales*. Y por parte de las empresas (PR 29), de corporaciones industriales, y colectividades de múltiples partes interesadas (PR 20) -para atender rápidamente y reparar directamente los daños causados deben establecer o participar de mecanismos eficaces a disposición de las personas y comunidades que sufran las consecuencias, que pueden complementar los anteriores.

99. La eficacia de los mecanismos extrajudiciales se debe basar en *criterios* (par 31) legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos humanos y basarse en la participación y el diálogo.

100. Sobre el *acceso a la justicia por las víctimas de abusos de derechos humanos en el ámbito transnacional hay problemas específicos derivados de vacíos de gobernabilidad* pues el orden internacional no da respuesta adecuada a algunas cuestiones, como tampoco el derecho interno de los países anfitriones. En este el *Documento Hacia una ley de diligencia debida en derechos humanos y medioambientales en España*⁶² es interesante en cuanto a las propuestas de acceso a la justicia y reparación. Propone que la obligación de debida diligencia sea una *obligación administrativa que sea supervisada por un órgano administrativo, antes del daño, que vigile las obligaciones de prevención y el riesgo*, cuestión que ya hemos comentado anteriormente sobre la necesidad de crear un órgano nacional supervisor. En el derecho español no existe actualmente en relación con las empresas una obligación formal que exija el respeto de los derechos humanos.

101. De otro lado para el contexto de *daños transnacionales y dado que los problemas son más complejos* - se aplica el Reglamento Roma 2 (art 4) que dispone que se aplicará a las obligaciones extracontractuales la ley del país donde se produce el daño- se propone que se considere que la *ley de debida diligencia* se califique como una *ley de policía* cuya observancia se considere esencial para la salvaguarda de los intereses públicos⁶³. A tal efecto se tiene en consideración que, por lo general, los ordenamientos nacionales de países terceros y la realidad impide la responsabilidad civil de las empresas por impactos en operaciones y cadenas de valor globales, por lo que las víctimas finalmente no tienen acceso a la justicia.

⁶² Del mismo modo el *Informe Demandando a Goliath. Recomendaciones para mejorar el acceso a la justicia de las víctimas de abusos contra los derechos humanos y daños medioambientales de las operaciones y cadenas de valor globales de las empresas*; asimismo: *Report of the European law Institute, Business and human rights: Access to justice and effective remedies (with input from the EU Agency for fundamental rights, FRA)*;

⁶³ Vid Reglamento (CE nº 593/2008 del PE y del Consejo, de 17/VI sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art. 9, 1; y Reglamento CE nº 864/2007 del PE y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), art 16.