

Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro*

Instruments on Human Rights due diligence: Genesis, evolution and future perspectives

CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO

*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla*

Recibido: 15.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7198

Resumen: El concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos (DDDH), desarrollado por Ruggie, forma parte del corazón de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos. Este estudio aborda los orígenes de la DDDH, la evolución de instrumentos internacionales y nacionales en los que ha ido ganando amplia aceptación y las perspectivas de futuro que se plantean a la vista de la futura adopción de una Directiva de la UE. Se examinará la definición de DDDH, su alcance y los límites de la formulación de esta noción en los distintos instrumentos; se evaluará en particular su contribución a una rendición de cuentas empresarial efectiva en atención a sus objetivos, dado que la mayoría de estos instrumentos tiene una vigencia aún limitada en el tiempo.

Palabras clave: Debida diligencia en derechos humanos, Principios Rectores, Directiva sobre debida diligencia en sostenibilidad corporativa.

Abstract: The concept of human rights due diligence (HRDD), developed by Ruggie, is at the heart of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. This article addresses the origins of HRDD, the evolution of international and national instruments in which it has been gaining wide acceptance and the future prospects that arise in view of the upcoming adoption of an EU Directive. The definition of HRDD, its scope and the limits of this notion in the different instruments will be examined. Their contribution to effective corporate accountability will be evaluated in view of their objectives, given that the majority of these instruments have been in force for a limited period of time.

Keywords: Human Rights Due Diligence, UNGPs, proposed EU Directive on due diligence.

Sumario: I. Introducción. II. Orígenes de la noción de debida diligencia en materia de derechos humanos. 1. Breve historia del concepto de debida diligencia 2. Definición de la noción de debida diligencia en materia de derechos humanos en los Principios Rectores de las Naciones Unidas. III. Evolución de instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos 1. Instrumentos internacionales. A) Directrices de la OCDE. B) Declaración Tripartita de la OIT. C) Normas de desempeño de la Corporación Financiera Internacional y Principios de Ecuador. D) Proyecto de

* Investigación realizada en el marco del Grupo de investigación PAIDI SEJ-055 “Nuevos sujetos, nuevos derechos, nuevas responsabilidades: derechos humanos en la sociedad global”, y en el marco de la «Red Empresas y Derechos Humanos. Incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierra y agua» (REDH-EXATA <https://redhexata.com/la-red/>), del que la autora es miembro, financiada por la Asociación Iberoamericana de Postgrado (AUIP).

Todos los vínculos web citados han sido consultados a 30 de mayo de 2022.

Tratado 2. Instrumentos de la Unión Europea. A) Reglamento sobre la madera. B) Reglamento sobre minerales de conflicto 3. Instrumentos nacionales. A) Ley francesa del deber de vigilancia de 2017. B) La Ley de Diligencia Debida sobre el Trabajo Infantil de los Países Bajos de 2019. C) Ley sobre debida diligencia corporativa en las cadenas de suministros de Alemania de 2021. D) Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California de 2010. E) Ley de Prohibición de la Tala Ilegal de Australia de 2012. IV. La futura Directiva europea sobre debida diligencia en materia de sostenibilidad. 1. La propuesta del Parlamento Europeo sobre diligencia debida y responsabilidad empresarial. 2. La propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. A) Objetivos. B) Ámbito de aplicación. C) Elementos del proceso de debida diligencia en derechos humanos. D) Reparación. E) Responsabilidad civil. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Tras recibir la adhesión unánime del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDH-NU) en 2011, los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos se han convertido en el instrumento “más autorizado sobre los deberes o responsabilidades de derechos humanos de los Estados y las corporaciones adoptados en el plano universal por la ONU”¹. Desarrollados en un proceso de consulta mundial en el curso del mandato asignado al Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, el Profesor John G. Ruggie, los Principios Rectores de las Naciones Unidas constituyen el primer instrumento internacional sobre esta materia adoptado en el seno de una organización internacional intergubernamental. Ruggie insertó estratégicamente en el corazón de los Principios Rectores el concepto de debida diligencia en derechos humanos (DDDH).

2. Los Principios Rectores tienen por objeto abordar y prevenir las violaciones de los derechos humanos relacionadas con la actividad empresarial cerrando los vacíos de gobernabilidad en la economía mundial². Constituyen un instrumento de *soft law* que contiene los estándares universales en esta materia³ estructurados en torno a tres pilares: (1) el deber del Estado de proteger frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, que afecten a las personas y comunidades dentro de su territorio o jurisdicción; (2) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y (3) el acceso efectivo de las víctimas a la reparación⁴. De acuerdo al segundo pilar, los estándares se dirigen a las empresas en relación con su responsabilidad de respetar, la cual es “una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos, que existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que hayan asumido, por lo que la responsabilidad de respetar no altera ni reduce las obligaciones estatales”⁵.

3. A pesar de la persistente crítica de la forma y el fondo de los Principios Rectores de las Naciones Unidas por parte de académicos y actores de la sociedad civil⁶, el respaldo del Consejo de Derechos Humanos y su apoyo por parte de actores clave ha desencadenado un notable proceso de difusión de las normas y estándares de rendición de cuentas corporativa en materia de derechos humanos. En

¹ O. DE SCHUTTER, “Foreword: Beyond the Guiding Principles”, en S. DEVA, D. BILCHITZ (eds.), *Human rights obligations of business: Beyond the corporate responsibility to respect?* Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. xv-xxii.

² J.G. RUGGIE, *Just business: Multinational corporations and human rights*. W. W. Norton, New York, 2013.

³ Véase al respecto C. MÁRQUEZ CARRASCO, “La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos por medio de los planes nacionales de acción”, *Revista de responsabilidad social de la empresa*, N.º 20, 2015, pp. 55-87. C. MÁRQUEZ CARRASCO (COORD.), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Aranzadi, 2017.

⁴ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, J.G. RUGGIE, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

⁵ Principio Rector 11, comentario.

⁶ Entre otros, véanse C. RODRÍGUEZ GARAVITO (ed.) *Business and human rights: Beyond the end of the beginning*. Cambridge University Press, Cambridge, 2017; S. DEVA, “From ‘business or human rights’ to ‘business and human rights’: What next?”, en S. DEVA, D. BILCHITZ (eds.), *Research handbook on human rights and business*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 1-21.

los últimos diez años, los Principios Rectores de las Naciones Unidas se han integrado en los marcos normativos y las directrices de organizaciones como la Unión Europea⁷ y la OCDE⁸, y las principales empresas transnacionales (ETN)⁹. Han inspirado regulaciones en materia de inversión para diferentes sectores de la economía de mercado global¹⁰, y han alentado el desarrollo de instrumentos regulatorios de la conducta de las empresas en materia de derechos humanos a través de instrumentos de política pública tales como Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos¹¹, desarrollo y mejora de los Puntos de Contacto Nacionales¹², y leyes nacionales de diligencia debida en materia de derechos humanos¹³. Aunque el último borrador de un futuro tratado internacional vinculante sobre las empresas y los derechos humanos, que fue iniciado por los críticos de los Principios Rectores y se encuentra en proceso de elaboración desde 2015 se aparta del enfoque de los Principios Rectores en aspectos importantes¹⁴, también se basa en sus conceptos y estándares clave, como la diligencia debida en materia de derechos humanos¹⁵.

4. Con su incorporación desde 2011 en un número creciente de instrumentos internacionales y de medidas legislativas nacionales que buscan consolidarlo en la legislación como una obligación jurídica, ha ido ganando una amplia aceptación. No obstante, en este contexto persisten importantes diferencias de interpretación y de posiciones de los grupos de interés en cuanto a su naturaleza, objetivos y relación, en su caso, con la responsabilidad legal. Sin duda, la debida diligencia en materia de derechos humanos

⁷ Véase la Directiva sobre información no financiera de la UE, Directiva 2014/95/UE, con las directrices correspondientes, disponible en: https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en; y la estrategia de RSE de la UE; véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones (2011), *Estrategia renovada de la UE 2011-2014 de responsabilidad social de las empresas*, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011DC0681> (todos consultados el 30 de septiembre de 2021).

⁸ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales 2011, disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

⁹ Véanse, por ejemplo, Organización Internacional de Empleadores (OIE), Cámara de Comercio Internacional (ICC) y el Comité Asesor de Empresas e Industria (BIAC) de la OCDE, Declaración conjunta sobre empresas y derechos humanos ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, 30 mayo de 2011; Cámara de Comercio de Importadores y Exportadores de Metales, Minerales y Químicos de China, Directrices para la responsabilidad social en inversiones mineras, 2014; véanse también las políticas de derechos humanos de las empresas transnacionales como Volkswagen AG, disponibles en <https://www.volkswagenag.com/en/sustainability/business-and-human-rights.html#>; por Royal Dutch Shell, disponible en: https://www.shell.com/sustainability/communities/human-rights/_jcr_content/par/textimage_432255052_.stream/1620319789073/97788a0ea7c09cc6c63dece84a6d508947030e68/shell-pp-human-rights-may.pdf; y por Nestlé, disponible en: <https://www.nestle.com/csv/what-is-csv/ethical-business/human-rights>.

¹⁰ Entre otras, la ISO 26000, un documento de orientación sobre responsabilidad social de la Organización Internacional de Normalización; las Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional, 1 de enero de 2021.

¹¹ En 2021, 25 Estados han publicado un PAN sobre empresas y derechos humanos, 3 Estados han incluido un capítulo en sus Planes Nacionales sobre derechos humanos y 27 Estados se encuentran en proceso de elaboración de un Plan Nacional o se han comprometido al desarrollo de esta política pública. Véase C. MÁRQUEZ CARRASCO, “The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: what contribution are the National Action Plans making?”, en A. MARX, G. VAN CAALSTER & J. WOUTERS (eds.), *Research handbook on Global Governance, Business and Human Rights*, Elgar, 2022, pp. 76-99, en p. 82.

¹² Véase la Guía de la OCDE para puntos de contacto nacionales sobre estructuras y actividades, 2019, disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guide-for-National-Contact-Points-on-Structures-and-Activities.pdf>.

¹³ Algunos de los instrumentos más recientes sobre diligencia debida en materia de derechos humanos incluyen: la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido de 2015, el Reglamento de Minerales en Conflicto de la UE de 2017, la Ley de Deber de Vigilancia de Francia de 2017, la Ley de Debida Diligencia de Trabajo Infantil de Holanda de 2019 y la Ley Alemana de Debida Diligencia Corporativa en las cadenas de suministro de 2021. Para un análisis detallado de las leyes y políticas de diligencia debida en materia de derechos humanos en Europa, véase A. SCHILLING-VACAFLOR, A. LENSCHOW, “Hardening foreign corporate accountability through mandatory due diligence in the European Union? New trends and persisting challenges”, *Regulation & Governance* 2021, pp. 1-17.

¹⁴ El grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos (OEIGWG) fue establecido por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU con el mandato de “elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de empresas transnacionales y otras empresas comerciales”, A/HRC/RES/26/9, 14 de julio de 2014, párr. 1.

¹⁵ El tercer borrador revisado de un tratado sobre empresas y derechos humanos, 17 de agosto de 2021, está disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>.

constituye uno de los retos ineludibles en la rendición de cuentas empresarial por abusos de derechos humanos. Así ha sido reconocido por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Derechos Humanos y Empresas en el informe publicado con motivo del aniversario de los Principios Rectores, en el que afirma, entre otros, que uno de los mayores logros que se identifican en la evaluación de la primera década de los Principios Rectores es la contribución aportada por este marco sobre el contenido y el alcance de la debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos, lo que ha permitido progresos en la regulación y la legislación en diversas jurisdicciones¹⁶.

5. Teniendo en cuenta los diferentes enfoques, este estudio aborda los orígenes de esta noción, la evolución de instrumentos internacionales y nacionales que la han incorporado y las perspectivas de futuro que se plantean a este respecto a la vista de la futura adopción de una Directiva de la UE. Se examinará en particular la definición de debida diligencia en materia de derechos humanos, su alcance y los límites de la formulación de esta noción en los distintos instrumentos y en particular se evaluará su contribución a una rendición de cuentas empresarial efectiva en atención a sus objetivos, dado que la mayoría de estos instrumentos tiene una vigencia aún limitada en el tiempo.

II. Orígenes de la noción de debida diligencia en materia de derechos humanos

6. El concepto de diligencia debida ha existido mucho antes de que el Profesor Ruggie asumiera en 2005 el mandato de Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

1. Breve historia del concepto de debida diligencia

7. El concepto de diligencia debida como *norma de diligencia* se originó en el Derecho romano. En particular, un infractor sería considerado responsable de actos de negligencia si no hubiera respetado la norma de conducta que habría sido ejercida en las circunstancias por las *paterfamilias diligentes* (es decir, el jefe prudente del hogar), lo que se conocería en el derecho consuetudinario como el estándar de la persona razonable ordinaria. Los abogados romanos utilizaron el ejemplo de un agricultor que quema el rastrojo en su campo en un día tranquilo, observando el fuego diligentemente, cumpliendo así con el estándar de conducta esperado. Sin embargo, si el agricultor elige un día ventoso y como resultado no puede controlar el incendio, sería responsable del daño a los cultivos de un vecino.

8. Desde el Derecho Romano, la diligencia debida ha seguido siendo un estándar de conducta esperada que depende de los hechos particulares del caso. Aunque las terminologías empleadas varían, esta noción, relativa a que la persona debe ejercer un cierto nivel de cuidado para no dañar a otro, está comúnmente reconocido en los sistemas jurídicos de los Estados, específicamente por los Estados miembros de la Unión Europea.

9. En tanto que concepto y práctica empresarial, la diligencia debida ha existido durante años y mucho antes de que comenzara a debatirse en el ámbito de las empresas y los derechos humanos. En el contexto empresarial, la diligencia debida es un proceso de investigación de hechos y datos para identificar y gestionar los riesgos comerciales, incluido el potencial de responsabilidad legal, antes de realizar una transacción o actividad comercial determinada. A una empresa le interesa llevar a cabo a fondo este proceso a para identificar y prevenir los riesgos comerciales y financieros para la propia empresa.

¹⁶ Véase el informe accesible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/WG/ungps10plusroadmap.pdf>

En él se establecen 8 áreas de acción clave para acercarnos progresivamente a la plena realización de los Principios Rectores y además se fijan objetivos específicos para los distintos actores.

De hecho, el concepto fue inicialmente una creación de la ley de valores estadounidense tras la Gran Depresión. La *Securities Act* de 1933 impone una estricta responsabilidad civil a ciertas personas por declaraciones falsas y omisiones de hechos materiales en una declaración de registro de valores¹⁷. Sin embargo, se establece una excepción (una defensa procesal) cuando se han llevado a cabo “investigaciones razonables”¹⁸ respecto de la información publicada para emitir valores financieros. El estándar pertinente de razonabilidad que debe aplicarse en esta situación es el de un “hombre prudente en la gestión de sus propios bienes”¹⁹.

A partir de esta ley de 1933, el concepto de diligencia debida surgió en otros contextos, particularmente con respecto a transacciones financieras como fusiones y adquisiciones²⁰. Si bien la diligencia debida llevada a cabo en tales transacciones en la década de 1980 fue bastante limitada, el proceso se ha extendido gradualmente para “incluir cualquier investigación relativa a la adquisición de los activos de una empresa en un contexto comercial, el análisis de riesgo en la financiación de actividades comerciales y a pesquisas pre-contractuales de carácter general”²¹. A medida que se han ido desarrollando normas nacionales e internacionales, la noción ha pasado de estándar de prevención de riesgos para las transacciones comerciales de las empresas a convertirse en un estándar consolidado de control de conducta empresarial²².

10. En el Derecho Internacional, la noción de debida diligencia es por definición vaga e indeterminada. Este concepto ha desempeñado un papel importante en la responsabilidad de los Estados respecto de las actividades de los actores privados. Se ha configurado como una obligación de comportamiento, no se trata de una obligación de resultado, lo que significa que la atención primaria se centra en el comportamiento del titular de la obligación y no en el resultado de dicho comportamiento. Como es sabido, según las reglas de responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el Estado solo es responsable por los actos que les son atribuibles y que constituyen una violación de sus obligaciones internacionales²³. Para que los actos de actores privados puedan dar lugar a responsabilidad del Estado la conducta tiene que ser dirigida o controlada por el Estado, o reconocida y adoptada por el mismo como propia, lo que difícilmente ocurre con relación a las actividades comerciales llevadas a cabo por empresas privadas. Suele ser la omisión del Estado que se aparta del estándar de debida diligencia, y no la conducta dañina del actor privado, la que termina produciendo la potencial responsabilidad internacional del Estado. Estudios sobre esta materia han señalado varios ámbitos del Derecho Internacional en los que este estándar es de aplicación: la protección internacional del medio ambiente, la protección de los representantes del Estado en el extranjero, la protección de inversiones extranjeras, la seguridad de la navegación aérea y marítima, actividades relacionadas con el espacio ultraterrestre, Derecho de la UE, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁴.

11. En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha desarrollado una obligación positiva a los Estados para llevar a cabo la debida diligencia para prevenir o reprimir viola-

¹⁷ *Securities Act 1933*, section 11(a), accessible <https://legcounsel.house.gov/Comps/Securities%20Act%20of%201933.pdf>.

¹⁸ *Ibid.*, section 11(b).

¹⁹ *Ibid.*, section 11(c).

²⁰ Véase M. HARVEY AND R. LUSCH, “Expanding the Nature and Scope of Due Diligence”, *Journal of Business Venturing*, n° 5 1995; *id.*, “Beyond traditional due diligence for mergers and acquisitions in the 21st century”, *Review of Business*, vol. 19, no. 3, spring 1998, pp. 17; O. MARTÍN-ORTEGA, “Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?” *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014 n° 32(1), pp. 44-74.

²¹ O. MARTÍN-ORTEGA, “La debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, n° 9, 2013, p. 6.

²² *Ibid.*, p. 8.

²³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexo por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, artículos 2, 4, 5, 7 y 8.

²⁴ Para estudios monográficos sobre la debida diligencia en Derecho Internacional, véanse F. LOZANO CONTRERAS, *La noción de debida diligencia en Derecho Internacional Público*, Atelier, 2007. H. KIEGER, A. PETERS, L. KREUZER, (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, OUP, 2020.

ciones de derechos humanos cometidas por actores no estatales, incluidas las empresas²⁵. Por lo tanto, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la debida diligencia ha sido aplicada como un estándar de conducta que los Estados deben cumplir para proteger los derechos humanos dentro de su jurisdicción.

12. En el área de empresas y los derechos humanos, el concepto de diligencia debida se introdujo por primera vez en 2003 en el proyecto de normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos (proyecto de normas)²⁶. El artículo 1 del proyecto de normas impone a los Estados la responsabilidad primordial de garantizar que las empresas respeten los derechos humanos. También impuso a las empresas una obligación separada de “promover, asegurar el cumplimiento, respetar, garantizar el respeto y proteger los derechos humanos reconocidos en el Derecho internacional y nacional” dentro de su esfera de influencia. En el comentario al artículo 1 se señala que las empresas tienen la responsabilidad de utilizar “la diligencia debida para garantizar que sus actividades no contribuyan directa o indirectamente a las violaciones de los derechos humanos, y que no se beneficien directa o indirectamente de abusos de los que tenían conocimiento o deberían haber tenido conocimiento”²⁷. No se proporcionó ninguna otra explicación sobre cómo la diligencia debida debía llevarse a cabo y, finalmente, el proyecto de normas no fue aprobado por el Consejo de Derechos Humanos en 2004.

13. El concepto de diligencia debida volvió al ámbito de empresas y derechos humanos cuando el Profesor Ruggie fue nombrado Representante Especial del Secretario General. Tras el fracaso del proyecto de normas, Ruggie introdujo el concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos en 2008 y lo desarrolló durante un período de aproximadamente tres años hasta que los Principios Rectores de las Naciones Unidas fueron respaldados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Como él mismo reconocía, hasta entonces la diligencia debida se consideraba un “proceso empresarial” utilizado en “términos estrictamente transaccionales”²⁸. Sin embargo, Ruggie trató de ampliar el concepto en “un intento integral y proactivo de descubrir riesgos para los derechos humanos, reales y potenciales, a lo largo de todo el ciclo de vida de un proyecto o actividad empresarial, con el objetivo de evitar y mitigar esos riesgos”²⁹. Lo hizo recurriendo a los elementos clave de la diligencia debida y combinándolos con los elementos distintivos de los derechos humanos. Esto es lo que ahora se conoce y se articula como el concepto de debida diligencia en materia de derechos humanos en los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Ruggie le asignó un papel clave en el Segundo Pilar de los Principios Rectores porque reconoció que las empresas no pueden conocer o demostrar que están respetando los derechos humanos sin llevar a cabo la debida diligencia³⁰. De hecho, concibió la debida diligencia en materia de derechos

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Velasquez Rodríguez v. Honduras*, Serie C, Caso No. 4 (1988), para. 172 y para. 176. Véase también O. MARTÍN-ORTEGA, op. cit., p. 103.

²⁶ Véase en <https://digitallibrary.un.org/record/501576>

²⁷ La versión original es como sigue: “(b) Transnational corporations and other business enterprises shall have the responsibility to use due diligence in ensuring that their activities do not contribute directly or indirectly to human rights abuses, and that they do not directly or indirectly benefit from abuses of which they were aware or ought to have been aware. Transnational corporations and other business enterprises shall further refrain from activities that would undermine the rule of law as well as governmental and other efforts to promote and ensure respect for human rights, and shall use their influence in order to help promote and ensure respect for human rights.

Transnational corporations and other business enterprises shall inform themselves of the human rights impact of their principal activities and major proposed activities so that they can further avoid complicity in human rights abuses. The Norms may not be used by States as an excuse for failing to take action to protect human rights, for example, through the enforcement of existing laws.”

²⁸ J. G. RUGGIE AND J. SHERMAN, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale”, *European Journal of International Law* 921, 28(3), 2017, p. 924; Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie: Business and human rights: towards operationalizing of the “protect, respect and remedy” framework (22 April 2009), UN Doc. A/HRC/11/13 (2009 Report), p. 25.

²⁹ 2009 Report, p. 25.

³⁰ J. G. RUGGIE AND J. SHERMAN, “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human

humanos para facilitar las denuncias de *naming and shaming* a las empresas por parte de los grupos de interés externos, incluyendo personas y comunidades afectadas, y para conducir a las compañías a “conocer y mostrar” mediante la internalización del respeto de los derechos humanos³¹.

14. Al exponer el alcance de la debida diligencia en materia de derechos humanos, Ruggie señaló que debía estar “determinado por el contexto en el que opera una empresa, sus actividades y las relaciones asociadas con dichas actividades”³² por referencia a tres factores, a saber: a) el país y el contexto local en el que tienen lugar las actividades comerciales pertinentes; b) las repercusiones en los derechos humanos que pueden tener las propias actividades de la empresa en ese contexto; y c) si las propias actividades de la empresa podrían contribuir al abuso a través de las relaciones conectadas con sus actividades³³. Es importante destacar que de su formulación se desprende que el alcance de la debida diligencia de derechos humanos no es fijo ni se basa en la influencia, sino que “depende de los impactos potenciales y reales en los derechos humanos resultantes de las actividades comerciales de una empresa y las relaciones conectadas con esas actividades”³⁴.

15. Con respecto al contenido sustantivo del concepto, para Ruggie los requisitos mínimos se establecen en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los convenios fundamentales de la OIT, así como en normas adicionales pertinentes para el contexto de una empresa en particular, como el Derecho Internacional Humanitario³⁵.

16. En cuanto al proceso para llevar a cabo la debida diligencia de derechos humanos, Ruggie estableció cuatro requisitos mínimos para las empresas³⁶:

- Adoptar una *política de derechos humanos*.
- Realizar *evaluaciones de impacto en los derechos humanos* para “comprender cómo las actividades existentes y propuestas pueden afectar a los derechos humanos”.
- *Integrar* las políticas de derechos humanos a través de la empresa, lo que requiere un enfoque de arriba hacia abajo para “integrar el respeto de los derechos humanos en toda la empresa”, así como la capacitación y la “capacidad de responder adecuadamente cuando surgen situaciones imprevistas”.
- *Realizar un seguimiento de su desempeño* a través de procesos de monitoreo y auditoría con actualizaciones periódicas del impacto y el desempeño en los derechos humanos.

Sobre la base de la anterior formulación, la debida diligencia en materia de derechos humanos quedó integrada en el Segundo Pilar de los Principios Rectores.

2. Definición de la noción de debida diligencia en materia de derechos humanos en los Principios Rectores de las Naciones Unidas

17. La definición básica de “diligencia debida en materia de derechos humanos” se encuentra en el Principio Rector 15. Describe el proceso, o más bien un “conjunto de procesos

Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale”, *European Journal of International Law* 921, 28(3), 2017, p. 924.

³¹ Keynote Address by SRSR John Ruggie “Engaging Business: Addressing Respect for Human Rights” (2010).

³² Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie: Business and human rights: further steps toward the operationalization of the “protect, respect and remedy” framework (9 April 2010), UN Doc. A/HRC/14/27 (2010 Report), p. 25.

³³ *Ibid.* p. 57.

³⁴ Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie: Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights (7 April 2008), UN Doc. A/HRC/8/5, p.72.

³⁵ *Ibid.* p. 58.

³⁶ *Ibid.* pp. 62-63.

interrelacionados”³⁷, a través del cual las empresas pueden *identificar, prevenir, mitigar y responder de* los impactos adversos reales y potenciales de sus actividades en los derechos humanos. Esta definición se amplía en el Principio Rector 17:

“Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas 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:

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa comercial haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guaren relación con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y contexto de sus operaciones;
- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas”.

18. La debida diligencia en materia de derechos humanos ha sido presentada en la Guía interpretativa de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos como “un proceso de gestión continuo que una empresa razonable y prudente debe emprender, a la luz de sus circunstancias (incluido el sector, el contexto operativo, el tamaño y factores similares) para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos”³⁸.

19. Como advierte McCorquodale, el uso del término “debida diligencia” en los Principios Rectores parece ser una táctica innovadora, inteligente y deliberada, al ser un concepto con el que están familiarizados los empresarios, los grupos comprometidos con los derechos humanos y los Estados³⁹.

20. Con objeto de realizar una distinción clara de la debida diligencia en materia de derechos humanos y la debida diligencia empresarial es posible identificar con el autor antes citado cinco diferencias principales:⁴⁰

- a) Riesgo para la empresa *versus* riesgo para el titular de los derechos. El enfoque de la debida diligencia de derechos humanos de las empresas se centra en el riesgo para la empresa en sí, mientras que la debida diligencia en materia de derechos humanos se trata del riesgo para aquellos humanos que sufren el impacto o podrían verse afectados por las actividades comerciales⁴¹.
- b) Una responsabilidad para cada empresa *versus* múltiples responsabilidades para con los titulares de derechos. La debida diligencia empresarial que cada empresa tiene una responsabilidad en relación con su propia actividad empresarial, mientras que hay responsabilidades diferentes en la debida diligencia de derechos humanos dependiendo de las actividades de la empresa. Este último incluye las responsabilidades por los propios impactos adversos en los derechos humanos de una empresa comercial que ha causado o a los que ha contribuido, así

³⁷ Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, “Corporate human rights due diligence – emerging practices, challenges and ways forward”, A/73/163 (16 de julio de 2018), párrafo 10.

³⁸ ACNUDH, “The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide”, HR/PUB/12/02 (2012) p.6, disponible en www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf (consultado el 3 de septiembre de 2020).

³⁹ R. MCCORQUODALE, “Human Rights Due Diligence Instruments: Evaluating the Current Landscape” en A. MARX, G. VAN CAALSTER & J. WOUTERS (eds.), *Research handbook on Global Governance, Business and Human Rights*, Elgar, 2022, pp. 120 ss.

⁴⁰ Los términos son distintos, aunque a veces se han confundido: véase la Guía interpretativa, n 6.

⁴¹ Véase B. FASTERLING, “Human Rights Due Diligence as Risk Management: Social Risk versus Human Rights Risk”, *Business and Human Rights Journal*, 2016 p. 225.

- como las responsabilidades por los impactos en los derechos humanos de terceros con los que la empresa mantiene relaciones⁴².
- c) Los requisitos de diligencia debida varían sólo en cuanto a los productos o asuntos financieros, mientras que los requisitos de la diligencia debida en materia de derechos humanos varían en cuanto a tamaño, riesgo y contexto de las operaciones. Si bien el nivel de diligencia debida empresarial generalmente depende de los problemas financieros o de productos específicos, el nivel de debida diligencia en materia de derechos humanos esperado variará en complejidad dependiendo del tamaño de la empresa comercial, el riesgo de graves impactos en los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones⁴³.
 - d) Diligencia debida única versus diligencia debida como proceso continuo. La debida diligencia empresarial suele ser una actividad única, como para una operación de fusión o adquisición, mientras que la debida diligencia en materia de derechos humanos es un proceso continuo. Este último reconoce que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo a medida que evolucionan las operaciones y el contexto operacional de la empresa.
 - e) Responsabilidad social de las empresas versus DIDH. La diligencia debida empresarial a menudo se puede ver como parte de la responsabilidad social de las empresas, con un enfoque de casilla de verificación, mientras que la debida diligencia de derechos humanos tiene fundamento en el DIDH que incluye la responsabilidad de remediar⁴⁴.

21. Por lo tanto, es importante que el término utilizado en relación con las empresas y los derechos humanos sea “diligencia debida en materia de derechos humanos” y *no solo* “diligencia debida”. Curiosamente, el Proyecto de Tratado 2020 corrige la terminología de un proyecto anterior que se refería a la “diligencia debida” por el de “diligencia debida en materia de derechos humanos” por este motivo⁴⁵.

III. Evolución de los instrumentos sobre debida diligencia en materia de Derechos Humanos

1. Instrumentos internacionales

22. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas han influido directamente en la inclusión de la DDDH en las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales (revisadas en 2011) y en la Declaración Tripartita de Principios sobre empresas multinacionales y política social de 2017 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como en las Normas de Desempeño 2012 de la Corporación Financiera Internacional (CFI) y los Principios de Ecuador de 2013. La debida diligencia en materia de derechos humanos también se encuentra en el proyecto de tratado sobre empresas y derechos humanos. A estos instrumentos se dedican las siguientes páginas.

A) Directrices de la OCDE

23. La OCDE es una Organización Internacional formada por Estados industrializados, que actualmente cuenta con una membresía de 36 Estados. En 1976 se adoptó la Declaración de la OCDE sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales, que se convirtió en las Directrices de la

⁴² Véase Principio Rector 13.

⁴³ Principio Rector 17.

⁴⁴ Véase A. RAMASASTRY, “Corporate Social Responsibility versus Business and Human Rights: Bridging the Gap between Responsibility and Accountability”, *Human Rights Journal*, 2015, p 237.

⁴⁵ Véase R. McCORQUODALE and L. SMIT, (n.d.), “Human Rights, Responsibilities and Due Diligence: Key Issues for a Treaty” en S. DEVA y D. BILTCHIZ (eds), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, pp. 216-237.

OCDE sobre Empresas Multinacionales⁴⁶. Los Estados se comprometen de manera vinculante a aplicarlas y, en relación con las empresas, el prólogo de las actuales Directrices de la OCDE establece:

“Las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en o desde países adherentes. Proporcionan principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable en un contexto global coherente con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Las Directrices son el único código multilateralmente acordado y exhaustivo de conducta empresarial responsable que los gobiernos se han comprometido a promover”⁴⁷.

Por lo tanto, si bien no son vinculantes para las empresas, tienen un fuerte efecto influyente, sobre todo en relación con los Estados miembros.

24. Las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales fueron revisadas en 2011 específicamente para ser alineadas con los Principios Rectores de las Naciones Unidas. John Ruggie, su principal arquitecto, declaró que las Directrices revisadas de la OCDE eran “el primer [instrumento intergubernamental] en adoptar el concepto de diligencia debida basada en el riesgo formulada en los Principios Rectores para los impactos en los derechos humanos y extenderlo a todas las áreas principales de la ética empresarial”⁴⁸. Desde entonces, la OCDE ha publicado una serie de documentos de orientación sobre conducta empresarial responsable en relación con sectores particulares y sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos en general⁴⁹. En ellos se incluye la debida diligencia en materia de derechos humanos relativa a los impactos en los derechos humanos relacionados con los conflictos, los derechos laborales, el soborno y la corrupción, la divulgación de información y los intereses de los consumidores, y en la cadena de suministro en general⁵⁰.

25. Además, la OCDE ha ampliado la debida diligencia en materia de derechos humanos más allá de los derechos *humanos per se*, para incluir el medio ambiente y el cambio climático. En tal sentido, las Directrices de la OCDE establecen:

“[Las empresas] deberían, en el marco de las leyes, reglamentos y prácticas administrativas de los países en los que operan, y teniendo en cuenta los acuerdos, principios, objetivos y normas internacionales pertinentes, tener debidamente en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad públicas y, en general, de llevar a cabo sus actividades de manera que contribuyan al objetivo más amplio del desarrollo sostenible”⁵¹.

Esta ampliación incluye fomentar, en su cadena de suministro, “el desarrollo y la prestación de productos o servicios que no tengan impactos ambientales indebidos; sean seguros en su uso previsto; reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero; sean eficientes en su consumo de energía y recursos naturales; puedan reutilizarse, reciclarse o eliminarse de forma segura”⁵².

⁴⁶ Directrices de la OCDE para empresas multinacionales 2011, disponibles en <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Véase también Directrices de la OCDE para empresas multinacionales: temas de conducta empresarial responsable, en http://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCmatters.pdf.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ J. RUGGIE and T. NELSON, “Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges”, Documento de Trabajo N° 66 de la Iniciativa de Responsabilidad Social De las Empresas (mayo de 2015), p. 13.

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, OCDE, “Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chain of Minerals from Conflict-Affected Areas”, 2016, OECD Responsible Business Conduct for Institutional Investors: Key Considerations for due diligence under the OECD Guidelines for MNEs, 2016.

⁵⁰ Directrices de la OCDE, Comentario sobre políticas generales, párrafo 14.

⁵¹ Directrices de la OCDE, Sección VI Medio Ambiente.

⁵² *Ibid.*, en el artículo 6. Véase también el Informe del Grupo de Trabajo sobre Justicia y Derechos Humanos de la Asociación Internacional de Abogados, “Lograr la justicia y los derechos humanos en una era de alteración climática”, Julio 2014.

26. Los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) de la OCDE han sido cuestionados en relación con su capacidad para proporcionar un recurso directo a las víctimas y por ello ha llegado a afirmarse que los propios PNC, con su enfoque centrado en la mediación, no han logrado reforzar las Directrices de la OCDE⁵³. Sin embargo, la posible eficacia de extender la aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos al medio ambiente puede verse en un caso presentado ante el PNC holandés contra ING en 2017 por Greenpeace y otras organizaciones no gubernamentales. La demanda fue presentada contra el banco ING, institución financiera con sede en los Países Bajos, en relación con sus inversiones en combustibles fósiles, sobre la base de que no había identificado sus efectos indirectos sobre las emisiones de gases de efecto invernadero⁵⁴. El PNC indicó que los procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos de las empresas pueden incluir objetivos para abordar el cambio climático, y posteriormente las partes llegaron a un acuerdo sobre lo que ING debía hacer al respecto⁵⁵. El PNC hizo hincapié en que la ausencia de una metodología o norma internacionalmente aceptada no significa que las empresas, incluidas las instituciones financieras, no tengan que buscar la medición y divulgación del impacto ambiental en áreas donde las normas sobre información aún están evolucionando, como la presentación de informes sociales, ambientales y de riesgos.

27. Este caso, así como otras reclamaciones presentadas ante PNC apuntan a la importancia de la debida diligencia en materia de derechos humanos. Sin embargo, hay que señalar que uno de los déficits que caracteriza a este mecanismo de la OCDE es que carece de medios para asegurar el cumplimiento de las recomendaciones dirigidas a las empresas. Puesto que las Líneas Directrices de la OCDE tienen carácter voluntario, los PNC no tienen capacidad para que sus recomendaciones sean efectivamente llevadas a las práctica. En todo caso, la práctica de los PNC es por ahora limitada⁵⁶.

B) Declaración Tripartita de la OIT

28. La OIT, que es una Organización tripartita de las Naciones Unidas compuesta por gobiernos, empleadores y trabajadores y que establece las normas laborales. Su contribución en el campo de la rendición de cuentas de las empresas por los impactos en los derechos humanos y el fomentando de los derechos laborales se ha desarrollado durante muchas décadas antes de que los Principios Rectores de las Naciones Unidas fuesen adoptados. En cuanto a las obligaciones contraídas en virtud de tratados, muchos de los instrumentos jurídicos de la OIT en esta esfera se reunieron en su Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, que los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 incluyen específicamente en el ámbito de las responsabilidades de las empresas⁵⁷. También se ha comprometido con las cuestiones laborales en las cadenas de suministro a través de una serie de iniciativas, incluida la Comisión de Trabajo Decente en las Cadenas de Suministro⁵⁸ de la OIT y el Programa Better Work⁵⁹, una colaboración entre la OIT y la Corporación Financiera Internacional (CFI) para promover mejores condiciones laborales en la industria de la confección.

⁵³ Véase R. McCORQUODALE y A. GRIFFITH, "The Soft Law Nature of the OECD Guidelines: An Impediment for Access to Remedy?" en N. BONUCCI & C. KESSEDIAN, *40 ans des lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales*, Paris, 2018, pp. 119-140.

⁵⁴ Punto de Contacto Nacional de los Países Bajos para las Directrices de la OCDE, Declaración Final, Oxfam Novib, Greenpeace Países Bajos, BankTrack y Amigos de la Tierra Países Bajos (Milieudéfensie) versus ING, 19 de abril de 2019, disponible en <https://www.oecdguidelines.nl/latest/news/2019/04/19/final-statement-dutch-ncp-specific-instance-4-ngos-versus-ing-bank>.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁶ Véase K. BUHMANN, "Analysing OECD National Contact Point Statements for Guidance on Human Rights Due Diligence: Method, Findings and Outlook", *Human Nordic Journal of Rights*, 2018, 36:4, pp. 390-410.

⁵⁷ Véase el comentario al principio rector 12.

⁵⁸ Incluyendo su informe más reciente, OIT, *Informe IV: Trabajo decente en las cadenas de suministro mundiales*, Conferencia Internacional del Trabajo, 105ésimo Sesión, 2016.

⁵⁹ Véase "Mejor trabajo – Mejor para todos" <https://betterwork.org/> (consultado por última vez el 3 de septiembre de 2020).

29. La Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT fue adoptada en 1977 y se aplica a los Estados, los sindicatos y las empresas⁶⁰. En marzo de 2017 se modificó la Declaración Tripartita de la OIT para alinearla con los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Proporciona orientación sobre los procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos para lograr el trabajo decente, las empresas sostenibles, un crecimiento más inclusivo y una mejor distribución de los beneficios de la inversión extranjera directa⁶¹. En particular, refuerza el comentario sobre el Principio Rector 12 al afirmar:

“Las empresas, incluidas las empresas multinacionales, deben llevar a cabo la debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo abordan sus impactos adversos reales y potenciales relacionados con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, entendidos, como mínimo, como los expresados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁶²”.

30. La Declaración Tripartita de la OIT también hace hincapié en la importancia de una consulta significativa con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas pertinentes, incluidas las organizaciones de trabajadores, en la identificación y evaluación de los impactos adversos reales o potenciales en los derechos humanos resultantes de las propias actividades de las empresas o de sus relaciones comerciales⁶³.

31. La Declaración Tripartita de la OIT tiene cierta influencia en el sentido de que es un instrumento jurídico vinculante. También es valioso como método mediante el cual la OIT puede trabajar con los Estados y otras organizaciones internacionales para lograr cambios. Por ejemplo, la OIT ha trabajado con bancos multilaterales de desarrollo en el seguimiento de las cuestiones laborales⁶⁴ y está vinculada a la Ley holandesa de diligencia debida en materia de trabajo infantil de 2019. Su influencia directa sobre las empresas aún no está clara, aunque las cuestiones relativas al trabajo forzoso y el trabajo infantil son áreas de considerable riesgo para la reputación de las empresas⁶⁵.

B) Normas de desempeño de la Corporación Financiera Internacional y Principios de Ecuador

32. La Corporación Financiera Internacional (CFI), que forma parte del Banco Mundial, tiene una serie de Normas de Desempeño Ambiental y Social, que “definen las responsabilidades de los clientes de la CFI para gestionar sus riesgos ambientales y sociales”⁶⁶. Son aplicables a aquellos a quienes la CFI proporciona financiamiento para proyectos específicos, principalmente empresas u otros en el sector privado.

⁶⁰ Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.^a reunión (Ginebra, noviembre de 1977) y enmendada en su 279.^a reunión (noviembre de 2000), 295.^a (marzo de 2006) y 329.^a (marzo de 2017).

⁶¹ Véase en www.ilo.org/empent/units/multinational-enterprises/lang--en/index.htm.

⁶² Declaración tripartita de la OIT, Política General 10.

⁶³ *Ibid.*, 10e).

⁶⁴ Banco Mundial, “Informe de la OIT dice que Uzbekistán avanza en las reformas laborales, eliminación gradual del trabajo infantil” 1 de febrero de 2017, disponible en www.worldbank.org/en/news/press-release/2017/01/31/ilo-report-says-uzbekistan-making-progress-on-labor-reforms-organized-child-labor-phased-out.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, la declaración del entonces CEO de Nike en 1998: “el producto Nike se ha convertido en sinónimo de salarios de esclavos, horas extras forzadas y abusos arbitrarios”, disponible en <http://mallenbaker.net/article/clear-reflection/nike-and-child-labour-how-it-went-from-laggard-to-leader>.

⁶⁶ Normas de Desempeño Ambiental y Social de IFC (2012) disponibles en www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Sustainability-At-IFC/Policies-Standards/Performance-Standards.

33. En 2012 se revisaron las Normas de Desempeño y ahora incluyen referencias a los Principios Rectores de las Naciones Unidas y a la debida diligencia en materia de derechos⁶⁷ humanos, como deja claro la guía que a ellos se refiere:

“Las empresas deben respetar los derechos humanos, lo que significa evitar infringir los derechos humanos de otros y abordar los impactos adversos en los derechos humanos que las empresas pueden causar o contribuir. Cada una de las Normas de Desempeño tiene elementos relacionados con las dimensiones de derechos humanos que un proyecto puede enfrentar en el curso de sus operaciones. La debida diligencia con respecto a estas Normas de Desempeño permitirá al cliente abordar muchas cuestiones relevantes de derechos humanos en su proyecto⁶⁸.”

34. El cumplimiento de estas Normas de Desempeño se produce a través de las decisiones de la CFI sobre qué empresas pueden buscar financiamiento, así como la supervisión por parte del mecanismo del Ombudsman Asesor de Cumplimiento (CAO)⁶⁹. Este mecanismo permite a las comunidades afectadas en el terreno presentar una queja, aunque esto se limita a una queja sobre que la CFI no siguió sus propios procesos. Existe cierta evidencia de que este mecanismo puede ser efectivo, como en asuntos ambientales⁷⁰, con la posible presión consiguiente sobre la CFI para garantizar que los prestatarios emprendan la debida diligencia en materia de derechos humanos y que haya una crítica continua de su efectividad.

35. Los Principios de Ecuador también se refieren a la provisión financiera a las empresas privadas⁷¹. Son un “marco de gestión de riesgos”, adoptado por las instituciones financieras, para determinar, evaluar y gestionar el riesgo ambiental y social en los proyectos. Su objetivo principal es proporcionar un estándar mínimo para la diligencia debida y el monitoreo para apoyar la toma de decisiones de riesgo responsable⁷². Más de 100 instituciones financieras en casi 40 países los han adoptado para su uso en decisiones sobre ciertos tipos de proyectos en la financiación de activos y la inversión⁷³.

36. Los Principios fueron enmendados en 2013, y algunas de las enmiendas introdujeron condiciones ambientales y de derechos humanos para quienes buscan financiación⁷⁴.

Como se indica en el preámbulo:

“Reconocemos la importancia del cambio climático, la biodiversidad y los derechos humanos, y creemos que los impactos negativos en los ecosistemas, las comunidades y el clima afectados por el proyecto deben evitarse siempre que sea posible. Si estos impactos son inevitables, deben minimizarse, mitigarse y/o compensarse [... Por lo tanto, reconocemos que nuestro papel como financiadores nos brinda oportunidades para promover la administración ambiental responsable y el desarrollo socialmente responsable, incluido el cumplimiento de nuestra responsabilidad de respetar los derechos humanos mediante la realización de la debida diligencia de acuerdo con los Principios de Ecuador”.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas se mencionan expresamente en una nota a pie de página de esta declaración. La diligencia debida en materia de derechos humanos se menciona

⁶⁷ Normas de Desempeño Ambiental y Social de IFC (2012). Sobre los antecedentes, véase la presentación de las ONG al SGSR antes de los Principios Rectores de las Naciones Unidas: *Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional y Principios de Ecuador: ¿Respeto de los Derechos Humanos y Reparación de las Violaciones?*, disponible en www.ciel.org/wp-content/uploads/2015/05/Ruggie_Submission.pdf.

⁶⁸ CFI, Nota de orientación 1, p.1, disponible en www.ifc.org/wps/wcm/connect/9fc3aaef-14c3-4489-acf1-a1c43d7f86ec/GN_English_2012_Full-Documents_updated_June-27-2019.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mRQmrEJ.

⁶⁹ Oficina del Asesor/Defensor del Pueblo en materia de Cumplimiento, disponible en www.cao-ombudsman.org/.

⁷⁰ Véase “Una investigación encuentra que la inversión de la CFI en el proyecto de energía de Tata viola las normas” (21 de marzo de 2017), disponible en www.news18.com/news/business/probe-finds-ifc-investment-in-tata-power-project-breaching-norms-1362325.html.

⁷¹ Los Principios de Ecuador están disponibles en <https://equator-principles.com/about/>.

⁷² Ibid.

⁷³ Véase <https://equator-principles.com/members-reporting/>.

⁷⁴ La tercera edición de los Principios de Ecuador o EP III está disponible en <https://equator-principles.com/about/>.

en los propios Principios de Ecuador, aunque solo en relación con circunstancias de alto riesgo, en las que “puede ser apropiado que el cliente complemente su documentación de evaluación con la debida diligencia específica en materia de derechos humanos”⁷⁵. Sin embargo, la falta de un requisito explícito para que todos los prestatarios realicen evaluaciones de impacto en los derechos humanos en todas las circunstancias como parte de los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos es decepcionante y hace que este instrumento sea bastante ineficaz y, en el mejor de los casos, desigual, incluso en este sector limitado.

C) Proyecto de Tratado

37. El 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una resolución por la que se establecía un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (OEIGWG) sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos cuyo mandato era “elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”⁷⁶. Tras varias sesiones de consulta que tuvieron lugar entre 2015 y 2018 e incluyeron tanto a los Estados como a la sociedad civil, el 6 de agosto de 2020 el OEIGWG publicó un segundo borrador de un instrumento jurídicamente vinculante (Proyecto de Tratado 2020)⁷⁷.

38. El artículo 6 se titula Prevención y trata de introducir la debida diligencia obligatoria mediante la obligación de los Estados (en virtud del párrafo 1 del artículo 6) de garantizar que cuenten con una legislación nacional que exija a todas las empresas que respeten los derechos humanos y prevengan las violaciones o abusos de los derechos humanos. El artículo 6.3 del proyecto de Tratado de 2021 dispone:

“A los efectos del párrafo 1 del artículo 6, los Estados Partes exigirán a las empresas que adopten la debida diligencia en materia de derechos humanos proporcionalmente a su tamaño, riesgo de graves repercusiones en los derechos humanos y a la naturaleza y el contexto de sus operaciones, como se indica a continuación:

- a) Identificar y evaluar cualquier abuso real o potencial de los derechos humanos que pueda surgir de sus propias actividades comerciales o de sus relaciones comerciales;
- b) Adoptar las medidas adecuadas para impedir, prevenir y mitigar de manera efectiva los abusos de los derechos humanos reales o potenciales que la empresa causa o a las que contribuye mediante sus propias actividades, o a través de entidades o actividades que controla o administra, y toma las medidas razonables y apropiadas para prevenir o mitigar los abusos con los que está directamente vinculada sus relaciones comerciales;
- c) Supervisar la eficacia de sus medidas para prevenir y mitigar los abusos de los derechos humanos, incluso en sus relaciones comerciales;
- d) Comunicarse regularmente y de manera accesible a las partes interesadas, en particular a las personas afectadas o potencialmente afectadas, para dar cuenta de cómo abordan a través de sus políticas y medidas cualquier abuso real o potencial de los derechos humanos que pueda surgir de sus actividades, incluso en sus relaciones comerciales.

⁷⁵ Véase Principios de Ecuador, Evaluación ambiental y social: el proceso de evaluación para proyectos de categoría A y categoría B.

⁷⁶ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras Empresas comerciales con respecto a los derechos humanos”, A/HRC Res. 26/9 (26 de junio de 2014).

⁷⁷ OEIGWG, “Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el Derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”, 16 de julio de 2019 (‘Proyecto revisado’), disponible en www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf.

En el párrafo 4 del artículo 6 se establece:

“Los Estados Partes se asegurarán de que las medidas de diligencia debida en materia de derechos humanos adoptadas por las empresas comerciales incluyan:

- a. Realizar y publicar evaluaciones periódicas de los impactos en los derechos humanos, derechos laborales, medioambientales y cambio climático en todas sus operaciones;
- b. Integrar una perspectiva de género, en consulta con las mujeres y las organizaciones de mujeres potencialmente afectadas, en todas las etapas de los procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos para identificar y abordar los riesgos e impactos diferenciados que experimentan las mujeres y las niñas;
- c. Realizar consultas significativas con personas o comunidades cuyos derechos humanos pueden verse afectados potencialmente por las actividades empresariales, y con otras partes interesadas pertinentes, incluyendo a los sindicatos, prestando especial atención a quienes enfrentan mayores riesgos de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas, como las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, los migrantes, los refugiados, los desplazados internos y las poblaciones protegidas bajo ocupación o zonas de conflicto;
- d. Velar por que las consultas con los pueblos indígenas se lleven a cabo de conformidad con las normas internacionalmente convenidas de consentimiento libre, previo e informado;
- e. Informar pública y periódicamente sobre asuntos no financieros, incluida la información sobre las estructuras de los grupos y los proveedores, así como sobre políticas, riesgos, resultados e indicadores relativos a los derechos humanos, los derechos laborales y las normas medioambientales y sobre cambio climático en todas sus operaciones, incluidas sus relaciones comerciales;
- f. Integrar los requisitos de diligencia debida en materia de derechos humanos en los contratos relativos a sus relaciones comerciales y prever la creación de capacidad o las contribuciones financieras, según proceda;
- g. Adoptar y aplicar medidas reforzadas de diligencia debida en materia de derechos humanos para prevenir las violaciones de los derechos humanos en las zonas ocupadas o afectadas por conflictos, incluidas las situaciones de ocupación⁷⁸.

Estas disposiciones incluyen esencialmente gran parte de la definición de diligencia debida en materia de derechos humanos de los Principios Rectores, incluido el uso de la mayor parte de la terminología pertinente. Además, se hace referencia específica a una mayor diligencia debida en materia de derechos humanos en las zonas de conflicto (párrafo 34 del artículo 6. g). También se reconoce (en el párrafo 5 del artículo 6) la necesidad de que los Estados ofrezcan incentivos a las pequeñas y medianas empresas y protejan contra intereses comerciales creados (artículo 6, párrafo 5 y 8).

39. El proyecto de Tratado de 2020 corrigió algunos aspectos que no estaban claros en borradores anteriores. Esta corrección se mantiene en el proyecto de 2021. Por ejemplo, establece un vínculo con la responsabilidad y el acceso a los recursos en el sentido de que existe una obligación directa de los Estados (en el párrafo 6 del artículo 6) de velar por que existan procedimientos nacionales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 6, y el párrafo 7 del artículo 6 dispone: “El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados 3 y 4 del artículo 6 dará lugar a sanciones proporcionales, incluidas, en su caso, medidas correctoras, sin perjuicio de las disposiciones sobre responsabilidad penal, civil y administrativa previstas en el artículo 8⁷⁹”.

40. También se hace referencia a las preocupaciones específicas planteadas por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas de que el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos tenga en cuenta los riesgos específicos para las mujeres y las personas vulnerables y marginadas, incluso en las evaluaciones de impacto de los derechos humanos, en el artículo 6, párrafo 4 b y c⁸⁰.

⁷⁸ Véase en <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7> (la traducción es nuestra).

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, Informe sobre las dimensiones de

41. Existen algunas pequeñas incoherencias en la comprensión del debido impacto de los derechos humanos, tal como se establece en el Marco de Las Naciones Unidas y se elabora posteriormente, que podrían mejorarse. Cierta sector de la doctrina considera que sería beneficioso prever una defensa para las empresas comerciales de la debida diligencia razonable y apropiada en materia de derechos humanos en determinadas circunstancias para garantizar que los Estados y las empresas comerciales tengan un incentivo para apoyar el tratado⁸¹. El proyecto de Tratado de 2021 insinúa la formulación de una defensa en el artículo 8, párrafo 7:

“La diligencia debida en materia de derechos humanos no eximirá automáticamente a una persona física o jurídica que realice actividades empresariales de la responsabilidad por causar o contribuir a violaciones de los derechos humanos o por no prevenir tales abusos por parte de una persona física o jurídica, tal como se establece en el artículo 8.6. El tribunal u otra autoridad competente decidirá la responsabilidad de dichas entidades después de un examen del cumplimiento de las normas aplicables sobre diligencia debida en materia de derechos humanos”.⁸²

Este párrafo no está redactado con total claridad, por lo que la cuestión sigue abierta.

42. Sin embargo, la percepción es que el texto del Proyecto de Tratado de 2021 está bastante cerca de los Principios Rectores de las Naciones Unidas en su enfoque de la debida diligencia en materia de derechos humanos como un aspecto central de la responsabilidad de las empresas por los impactos en los derechos humanos. Sin embargo, está dirigido únicamente a los Estados y establece las obligaciones de los Estados en un marco jurídicamente vinculante en virtud de un tratado internacional. No prevé ninguna responsabilidad directa para las empresas.

2- Instrumentos de la Unión Europea

43. La única organización regional que cuenta con legislación específica sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos es la Unión Europea⁸³. Ha aprobado una serie de Directivas y Reglamentos que exigen que sus actuales 26 Estados miembros transpongan la legislación nacional en un plazo determinado. Si bien hay algunas Directivas de la UE que son importantes en términos de empresas y derechos humanos, como la Directiva de información no financiera de 2014⁸⁴, este apartado solo se ocupa de la legislación de la UE que se refiere específicamente a la debida diligencia en materia

género de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, disponible en www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Booklet-GenderDimensionsGuidingPrinciples.pdf (consultado por última vez el 3 de noviembre de 2021). Sobre el proyecto de tratado, véase M. MARULLO, C., BRIGHT, F. J. ZAMORA CABOT, “El progreso hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos a la luz del objetivo de desarrollo sostenible N.º16”, en *Nuevas dimensiones del desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales*, C. FERNÁNDEZ LIESA y E. LÓPEZ JACOISTE DÍAZ (dirs), Aranzadi, 2021.

⁸¹ Véase R. R. McCORQUODALE and L. SMIT, “Human Rights, Responsibilities and Due Diligence: Key Issues for a Treaty” en S. DEVA y D. BILCHITZ (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, pp. 216-237.

⁸² Véase en <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7> (la traducción es nuestra).

⁸³ Sobre el régimen o marco jurídico emergente en la UE, véase C. MÁRQUEZ CARRASCO & K. BUHMANN, “The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: The Emerging European Union Regime” *Human Rights & International Legal Discourse*, 2016, 10(1), pp. 2-17. Para la evolución de la responsabilidad social de las empresas en la UE, véase C. MÁRQUEZ CARRASCO, *La Unión Europea y los actores no estatales*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, especialmente pp. 27-95.

Ha habido algunas acciones iniciales dentro del sistema interamericano de derechos humanos, véase el informe del Relator Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf (consultado por última vez el 3 de septiembre de 2021). Véase N. CARRILLO SANTARELLI, “Crossing the Rubicon: Major Developments on the Human Rights Obligations of Corporations”, *Just Security* 12 de marzo de 2020, disponible en www.justsecurity.org/69064/crossing-the-rubicon-major-developments-on-the-human-rights-obligations-of-corporations/.

⁸⁴ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera y sobre diversidad por determinadas grandes empresas. *DO L 330 de 15.11.2014*, pp.1-9 (Directiva de la UE sobre información no financiera).

de derechos humanos. Son dos los instrumentos que son particularmente relevantes: el Reglamento de la UE sobre la Madera de 2010⁸⁵ y el Reglamento sobre minerales de conflicto de la UE de 2014⁸⁶.

A) El Reglamento sobre la madera

44. Aunque el Reglamento sobre la madera es anterior a los Principios Rectores de las Naciones Unidas, no entró en vigor hasta marzo de 2013. Exige a los operadores que comercializan madera y productos de la madera en el mercado de la UE que desarrollen o utilicen un sistema de diligencia debida para evaluar el riesgo de que la madera haya sido talada o comercializada ilegalmente. Esto implica recopilar información sobre la madera que desean importar, evaluar la probabilidad de que sea legal y tomar medidas para mitigar el riesgo de importar madera ilegal. El incumplimiento de la diligencia debida adecuada es un delito, incluso si no se demuestra que la madera es ilegal. Un informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de este Reglamento ha señalado que era “el primer instrumento jurídico a nivel de la Unión Europea que incluye la diligencia debida obligatoria, un principio clave para la responsabilidad sostenible de las empresas en consonancia con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos”⁸⁷.

B) El Reglamento sobre minerales de conflicto

45. El Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, sobre minerales de conflicto, ha entrado en vigor el 1 de enero de 2021. Exige a los importadores de la UE de estaño, tantalio, tungsteno y oro que sigan un marco de cinco pasos para: establecer sistemas de gestión empresarial sólidos; identificar y evaluar el riesgo en la cadena de suministro; diseñar e implementar una estrategia para responder a los riesgos identificados; llevar a cabo una auditoría independiente de terceros de la diligencia debida de la cadena de suministro; e informar anualmente sobre la diligencia debida de la cadena de suministro. Estos requisitos son similares a los de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, aunque utilizando una terminología diferente. Al igual que con el Reglamento sobre la madera, su aplicación está en manos de los sistemas jurídicos nacionales, y ha sido criticado por incorporar un mecanismo demasiado débil⁸⁸.

46. La sociedad civil⁸⁹, e incluso algunas grandes corporaciones multinacionales, han reclamado ⁹⁰ una legislación europea sobre la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos y medio ambiente en todos los sectores y en todos los productos básicos dentro de la UE. El Parlamento

⁸⁵ Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los operadores que comercializan madera y productos de la madera Texto pertinente a efectos del EEE, *DO L 295 de 12.11.2010*, pp. 23–34 (Reglamento sobre la madera).

⁸⁶ Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo. *DO L 130 de 19.5.2017*, pp.1–20 (Reglamento sobre minerales de conflicto).

⁸⁷ Comisión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Reglamento (UE) n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los operadores que comercializan madera y productos de la madera (Reglamento de la UE sobre la madera) Informe bienal correspondiente al periodo de marzo de 2015–Febrero 2017, *COM/2018/668 final* en el párrafo 2, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:668:FIN>.

⁸⁸ Para un análisis exhaustivo del Reglamento sobre minerales de conflicto, véase P. DIAGO DIAGO, “Minerales y diamantes de conflicto: mecanismos de control y diligencia debida en tiempos de ODS”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, N.º 63/2020, pp. 153-182.

⁸⁹ Coalición Europea por la Justicia Corporativa (ECCJ), “Civil Society Calls for Human Rights and Environmental Due Diligence Legislation”, 3 de octubre de 2019, disponible en <http://corporatejustice.org/news/16785-civil-society-calls-for-human-rights-and-environmental-due-diligence-legislation>.

⁹⁰ Véase en www.fern.org/news-resources/chocolate-companies-and-meps-call-for-eu-due-diligence-regulation-954/.

Europeo también lo ha recomendado ⁹¹ y algunos gobiernos de los Estados miembros de la UE han manifestado su apoyo a la Directiva de la UE⁹² que actualmente se encuentra en proceso de ser adoptada dentro del próximo año.

3. Instrumentos nacionales

47. En la actualidad sólo hay tres leyes nacionales que prevén específicamente la DDDH en general. Estos son la Ley francesa de deber de vigilancia de 2017, la Ley de diligencia debida sobre el trabajo infantil de los Países Bajos de 2019, y la Ley alemana sobre debida diligencia en las cadenas de suministro, adoptada en 2022. Además, existe una legislación sub-nacional (la Ley de Transparencia en las cadenas de suministro de California de 2010) y una serie de leyes nacionales en las que la debida diligencia en materia de derechos humanos desempeña un papel más limitado. En Suiza fue propuesta la Iniciativa de Negocios Responsables, que se sometió a votación popular el 29 de noviembre de 2020, aunque no fue aprobada⁹³. En otros países europeos se han propuesto iniciativas legislativas similares a la de Francia⁹⁴. En España, por su parte, las organizaciones de la sociedad ha trabajado en la propuesta de una ley de diligencia debida obligatoria, que ha sido bien recibida por el actual Gobierno de coalición, y está actualmente en curso la elaboración de una propuesta de ley.

48. Se excluyen de la consideración en este apartado aquellos instrumentos legislativos que pueden estar dentro del ámbito de empresas y los derechos humanos y requieren la presentación de informes por parte de las empresas (*reporting*), pero que no prevén expresamente la debida diligencia en materia de derechos humanos, como la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido de 2015, la Ley de Esclavitud Moderna de Australia de 2018, y la Ley sobre Transparencia Empresarial y Trabajo Decente de Noruega, de 2021.

A) Ley francesa del deber de vigilancia de 2017

49. La Ley francesa del deber de vigilancia de 2017 (Ley de vigilancia francesa)⁹⁵ es el único ejemplo legislativo hasta la fecha que impone un requisito general obligatorio de diligencia debida para los derechos humanos y los impactos ambientales. Las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Vigilancia deben establecer un plan de vigilancia que establezca:

“medidas de vigilancia razonables adecuadas para identificar riesgos y prevenir graves repercusiones en los derechos humanos y las libertades fundamentales, en la salud y la seguridad de las personas y en el medio ambiente, resultantes de las actividades de la empresa y de las empresas que controla en el

⁹¹ Véase Grupo de Trabajo de Conducta Empresarial Responsable, Plan de acción paralelo de la UE sobre la aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos en la UE, marzo de 2019, disponible en <https://responsibilitybusinessconduct.eu/wp-content/uploads/2019/03/SHADOW-EU-Action-Plan-on-Business-and-Human-Rights.pdf>; y Parlamento Europeo, 20 de enero de 2020, disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0007_EN.pdf.

⁹² Declaración de la Presidencia finlandesa, 2 de diciembre de 2019, disponible en www.business-humanrights.org/en/finnish-eu-council-presidency-puts-forward-action-agenda-on-bhr-acknowledging-need-for-eu-due-diligence-regulation.

⁹³ Coalición Suiza por la Justicia Corporativa (SCCJ), «El texto de la iniciativa con explicaciones», disponible en https://corporatejustice.ch/wp-content/uploads/2018/06/KVI_Factsheet_5_E.pdf. En cuanto a la votación cerrada, véase www.swissinfo.ch/eng/business/swiss-to-vote-on-holding-companies-accountable-for-supply-chain-abuses/46184500 (consultado por última vez el 1 de diciembre de 2020). Véase N. BUENO y C. BRIGHT, “Implementing Human Rights Due Diligence through Corporate Civil Liability”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2020, p. 789.

⁹⁴ Para más información sobre el proceso y el contenido de las iniciativas propuesta en diversos Estados, véase ECCJ, «Mapping mHRDD progress in Europe: map and comparative analysis of mHRDD laws and legislative proposals», 2020, <https://corporatejustice.org/eccj-publications/16807-mapping-mhrdd-legislative-progress-in-europe-map-and-comparative-analysis-of-mhrdd-laws-and-legislative-proposals> [consultado: 26/12/2020].

⁹⁵ LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>.

sentido del artículo II del artículo L. 233-16, directa o indirectamente, así como las actividades de subcontratistas o proveedores con los que exista una relación comercial establecida, cuando estas actividades estén vinculadas con esta relación⁹⁶.

Para cumplir con su deber legal, las empresas deben implementar un “plan de vigilancia” que debe incluir medidas razonables para identificar riesgos y prevenir violaciones graves de los derechos humanos y el medio ambiente.

Obsérvese que la terminología se refiere a las “medidas razonables de vigilancia” (*mesures de vigilance raisonnable*), en lugar de la terminología de “diligencia debida en materia de derechos humanos” de los Principios Rectores. Si bien las obligaciones de vigilancia en virtud de la Ley comparten similitudes con el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos de los Principios Rectores, cuya influencia se reconoce, se ha afirmado que no se consideran idénticas⁹⁷.

50. Las empresas cubiertas por su ámbito de aplicación son solo aquellas empresas francesas que tienen al menos 5.000 empleados en Francia o 10.000 empleados en todo el mundo. La Ley también incluye dentro de su ámbito el grupo de empresas y las actividades de “las empresas que controla en el sentido del artículo II del artículo L. 233-16, directa o indirectamente, así como las actividades de subcontratistas o proveedores con los que existe una relación comercial establecida, cuando estas actividades están vinculadas con esta relación”,⁹⁸ así como las filiales registradas en Francia de empresas extranjeras. Esta legislación utiliza una triple definición del concepto de “control”: jurídico, de facto o contractual, vinculado a los informes de gestión consolidados y de grupo⁹⁹. Además, la Ley de Vigilancia francesa no se refiere directamente a los subcontratistas y proveedores dentro de la cadena de suministro, sino que se basa en las relaciones comerciales establecidas como factor clave¹⁰⁰. La Ley de Vigilancia francesa no tiene un órgano de control específico, pero sí prevé la responsabilidad civil en virtud de la legislación sobre responsabilidad extracontractual cuando la empresa incumple sus propias obligaciones de vigilancia¹⁰¹.

51. Dado que esta legislación sólo ha estado en vigor durante un corto período de tiempo, todavía no hay decisiones judiciales que clarifiquen adecuadamente los términos de aplicación de esta ley. Se han formulado críticas a la falta de respuesta empresarial o monitoreo efectivo¹⁰². Sin embargo, se han iniciado algunas acciones legales en los tribunales franceses¹⁰³. En relación con estas acciones, se ha señalado:

“Todas las empresas objetivo habían publicado un plan de vigilancia en 2019, pero estos planes eran diferentes en su extensión y exhaustividad. En todos los casos, estos planes fueron considerados insatisfactorios por las partes solicitantes. Sus alegatos se centran en los impactos generados por las actividades de las empresas (Total, cambio climático; XPO), y/o la de sus filiales en el extranjero (Teleperformance; FED; y Total, Uganda) y la de subcontratistas con una supuesta relación comercial establecida (para parte de las actividades objeto de escrutinio para Total, Uganda)”¹⁰⁴.

⁹⁶ Ley de Vigilancia; Código de Comercio, artículo L. 225-102-4.-I.

⁹⁷ Véase S. BRANANT, E. SAVOUREY y C. MICHON, “The Vigilance Plan: Cornerstone of the Corporate Duty of Vigilance Law”, *International Review of Compliance and Business Ethics*, 2017, pp. 4 ss.

⁹⁸ Código de Comercio, artículo L. 225-102-4.-I introducido por la Ley de Vigilancia.

⁹⁹ *Ibid.*, artículo L. 233-16.-II.

¹⁰⁰ Véase Sherpa “Guía de referencia de los planes de vigilancia”, Febrero 2019, pp. 32–33.

¹⁰¹ Código de Comercio, art. 225-102-5, introducido por la Ley de Vigilancia.

¹⁰² Sobre estas dudas, véase www.equaltimes.org/duo-diligence-has-france-really?lang=en#.XmqB2m52t9A (consultado por última vez el 5 de septiembre de 2021).

¹⁰³ Por ejemplo, “Total sued under France’s New Duty of Vigilance Law» (23 de octubre de 2019), disponible en <http://en-newswire.com/2019/10/23/total-sued-under-frances-new-duty-of-vigilance-law/>; Sherpa, “Sherpa y UNI Global Union Send Formal Notice to Teleperformance Calling en el World Leader in Call Centers to Strengthen Workers’ Rights”, 24 de julio de 2019, disponible en www.asso-sherpa.org/sherpa-and-uni-global-union-send-formal-notice-to-teleperformance-calling-on-the-world-leader-in-call-centers-to-strengthen-workers-rights-2; ITF, “Transport” 1 de octubre de 2019, disponible en www.itfglobal.org/en/news/transport-giant-served-notice-under-duty-vigilance-law-in-landmark-legal-move.

¹⁰⁴ S. BRANANT y E. SAVOUREY, “All Eyes on France”, disponible en https://www.cambridge.org/core/blog/2020/01/24/all-eyes-on-france-french-vigilance-law-first-enforcement-cases-1-2-current-cases-and-trends/#_edn13.

52. Este análisis indica que la Ley de Vigilancia francesa podría tener el efecto de obligar a las empresas a garantizar que su plan de vigilancia sea preciso, que refleje lo que se hace sobre el terreno y no solo en la política, y se actúe en consecuencia. Esta ley también es importante en el sentido de que considera expresamente los daños ambientales como parte del plan de acción sobre los impactos en los derechos humanos que deben emprender las empresas. Además, si bien persisten dudas acerca de las fortalezas de este instrumento, ciertamente ha tenido un efecto global en su enfoque y sin duda ha proporcionado un impulso al demostrar que este tipo de legislación es posible.

B) La Ley de Diligencia Debida sobre el Trabajo Infantil de los Países Bajos de 2019

53. La Ley de Diligencia Debida sobre el Trabajo Infantil de los Países Bajos (Ley de Diligencia Debida de los Países Bajos) se aprobó en mayo de 2019¹⁰⁵. Su objetivo es prevenir el uso del trabajo infantil en la producción de bienes y servicios que se suministran a los usuarios finales holandeses, como parte de un enfoque de protección del consumidor por parte del gobierno holandés. La terminología es expresamente la de “diligencia debida” (*gepaste zorgvuldigheid*). De conformidad con la Ley: “[I]a empresa que [...] investiga si existe una presunción razonable de que los bienes y servicios que deben suministrarse se han producido utilizando trabajo infantil, y que elabora y lleva a cabo un plan de acción en caso de que exista tal presunción razonable, lleva a cabo la diligencia debida”¹⁰⁶.

54. El requisito de diligencia debida no tiene mayor definición en la Ley, aunque se menciona que los requisitos más detallados con respecto tanto a la investigación como al plan de acción se establecerán mediante una Orden Administrativa General, teniendo en cuenta la Herramienta de Orientación para las Empresas sobre el Trabajo Infantil de la OIT¹⁰⁷.

55. La Ley holandesa de diligencia debida se aplica a todas las empresas, estén o no domiciliadas en los Países Bajos y se encuentren o no en la lista, que suministren bienes o servicios a usuarios finales holandeses, siendo éstos “las personas físicas o jurídicas que utilizan los bienes o hacen uso de los servicios”¹⁰⁸. También se incluyen las empresas extranjeras que tienen una sucursal o que estructuralmente realizan negocios en los Países Bajos¹⁰⁹, aunque la Ley excluye a las empresas que solo transportan mercancías. Por lo tanto, existe la obligación de que las empresas domiciliadas en el territorio holandés informen sobre las actividades que ellas o aquellas con las que mantienen una relación comercial hayan realizado fuera del territorio neerlandés. Esta legislación amplía esta situación a las empresas registradas fuera de los Países Bajos y que suministran bienes o servicios a los usuarios finales holandeses,¹¹⁰ incluso si los Países Bajos no son su principal centro de actividad o administración central.

56. Además, el alcance de las obligaciones impuestas a estas empresas en virtud de la Ley de Diligencia Debida de los Países Bajos no se limita a ciertos niveles de la cadena de suministro. Más bien, como se espera que las empresas involucradas investiguen si existe una presunción razonable de que los bienes y servicios que se suministrarán se han producido utilizando trabajo infantil, significa que tendrían que revisar toda su cadena de suministro. Dado que los proveedores pueden presentar una declaración con respecto a esos bienes o servicios a lo largo de las eslabones de la cadena, esto debería tener el efecto de trasladar estas obligaciones a lo largo de la cadena de suministro.

¹⁰⁵ Países Bajos Kamerstukken I, 2016/17, 34 506, A.

¹⁰⁶ Ley de diligencia debida de los Países Bajos, artículo 5, apartado 1.

¹⁰⁷ Ibid., artículo 5, apartado 2.

¹⁰⁸ Ibid., preámbulo.

¹⁰⁹ Artículo 5 de la Ley del Registro Mercantil de los Países Bajos.

¹¹⁰ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO L 351 de 20.12.2012*, pp.1–32.

57. La Ley de diligencia debida de los Países Bajos permite a cualquier persona física o jurídica (como un consumidor o competidor) cuyos intereses se hayan visto afectados por las (in)acciones de una empresa en el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley presentar una queja ante el supervisor público (que aún no ha sido designado)¹¹¹. Hay multas que se pueden imponer a la empresa y hay una disposición de responsabilidad penal personal para el “oficial de cumplimiento”¹¹². Sin embargo, dado que la Ley se centra en la protección de los consumidores holandeses y no en las víctimas del trabajo infantil, no contiene disposiciones relativas al acceso a los recursos para las víctimas reales del trabajo infantil, por lo que cualquier recurso a este respecto dependería de la legislación general holandesa en materia de responsabilidad extracontractual. No obstante, los demandantes en virtud de la legislación nacional en materia de responsabilidad extracontractual podrán seguir invocando indirectamente la Ley si la violación de la Ley por parte de la empresa pudiera interpretarse como un indicio de un acto contrario a un deber de diligencia con la sociedad.

58. Dado que esta ley se aprobó recientemente y aún no se ha nombrado ninguna autoridad de control, es difícil valorar su eficacia¹¹³. Sin embargo, muestra un enfoque diferente al de la Ley de Vigilancia francesa, ya que se centra en la protección del consumidor y no en la transparencia. Sin embargo, ambos requieren algún tipo de plan público por parte de la empresa, basado en que ha emprendido una forma de debida diligencia en materia de derechos humanos. La Ley de Diligencia Debida de los Países Bajos probablemente encajará bien con el creciente número de casos ante los tribunales holandeses por responsabilidad del Estado y de la empresa matriz por abusos de los derechos humanos y daños ambientales¹¹⁴.

C) Ley sobre debida diligencia corporativa en las cadenas de suministros de Alemania de 2021

59. La Ley alemana¹¹⁵ *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, fue adoptada en el año 2021 como parte de los compromisos del Gobierno alemán para la implementación del Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos de 2016. La “Ley de Debida Diligencia Corporativa en las Cadenas de Suministro”, que entrará en vigor en 2023, exige que las empresas con más de 3000 empleados en Alemania (y al menos 1000 empleados, a partir de 2024) cumplan con las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente en sus operaciones.

60. Estas empresas deben identificar los riesgos de violaciones de los derechos humanos y destrucción del medio ambiente en los proveedores directos y, si obtienen “conocimiento comprobado” de un posible abuso, también en los proveedores indirectos. El ámbito material de la Ley establece la debida diligencia de las empresas sobre la base de las obligaciones de evaluar los riesgos; adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo en sus cadenas de suministros y corregirlos cuando se produzcan; y, por último, revelar la información relativa al cumplimiento de las obligaciones mediante la declaración sobre su estrategia de derechos humanos y la publicación de un informe anual. Ahora bien, la ley alemana distingue entre las medidas que debe adoptar respecto de su esfera de actividad propia y de sus proveedores directos o indirectos.

¹¹¹ Artículo 1 d) de la Ley de diligencia debida de los Países Bajos.

¹¹² Ibid., artículo 9.

¹¹³ Véase el análisis de la legislación neerlandesa en esta área de manera más general en C. VAN DAMN Y M. SCHELTEMA, *Options for enforceable IRBC instruments*, disponible en www.business-humanrights.org/en/latest-news/report-on-options-for-enforceable-responsible-business-conduct-instruments-including-mandatory-due-diligence/ (investigación encargada por el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos y enviada al Parlamento neerlandés).

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, Tribunal Supremo de los Países Bajos, 11 de septiembre de 2009, JOR 2009, 309 (*Comsys*), y el Caso *Urgenda* www.urgenda.nl/en/themes/climate-case.

¹¹⁵ Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, BGBl I 2021, 2959. Official English translation at <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf> <https://www.bmas.bund.de/XXX>.

61. Las empresas deben poner en marcha un procedimiento interno de quejas para que los afectados -también a través de los sindicatos u organizaciones de la sociedad civil con capacidad para demandar- notifiquen los riesgos o las violaciones de derechos humanos o del medio ambiente. El comité económico de cada empresa podrá por tanto abordar la debida diligencia empresarial en las cadenas de suministro, lo que ubicará este tema en el ámbito de los comités de empresa y proporcionará a los sindicatos un papel importante que desempeñar en relación con el respeto de los derechos humanos en todo el mundo.

62. Las empresas, por tanto, deben tomar medidas y documentarlas ante la Oficina Federal de Asuntos Económicos y Control de Exportaciones (BAFA). Las partes afectadas pueden exigir que la BAFA tome medidas. Este es el órgano de control sobre el cumplimiento de estas obligaciones y tiene como funciones recibir y revisar los informes de las empresas y actuará de oficio para dar seguimiento al cumplimiento de las obligaciones, realizando requerimientos de información o inspecciones cuando sea necesario. Ante el incumplimiento de las obligaciones de debida diligencia, prevé la aplicación de sanciones por parte de este órgano que incluyen desde multas hasta la prohibición de contratar con el sector público. Un importante vacío de la ley es la ausencia de regulación de la responsabilidad civil por los daños producidos como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones.

D) Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California de 2010

63. La Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California de 2010 fue aprobada antes de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Requiere que ciertas empresas informen sobre sus acciones específicas para erradicar la esclavitud y la trata de personas en sus cadenas de suministro. El propósito declarado de la Ley es “educar a los consumidores sobre cómo comprar bienes producidos por empresas que administran responsablemente sus cadenas de suministro y, por lo tanto, mejorar las vidas de las víctimas de la esclavitud y de la trata de personas”.

64. La Ley de California no se refiere directamente a la debida diligencia en materia de derechos humanos, pero se incluye en este capítulo, ya que la jurisprudencia en virtud de ella ha planteado esta cuestión. En estos casos, se alegó que el hecho de que las empresas no revelaran posibles abusos en la cadena de suministro supuestamente podía engañar a un consumidor razonable, y que los hechos verdaderos supuestamente serían importantes para un consumidor razonable. El primero de estos casos fue *Barber v Nestlé*¹¹⁶, en el que el demandante alegó que Nestlé había violado la ley por no revelar que algunos ingredientes de sus productos alimenticios para gatos podrían haberse obtenido mediante trabajo forzoso¹¹⁷. El tribunal californiano desestimó la demanda sobre la base de que la Ley había establecido qué informaciones estaban obligadas a divulgar las empresas a los clientes sobre el posible trabajo forzoso en sus cadenas de suministro, y como tal, las empresas solo estaban obligadas a divulgar información en la medida prevista en esa Ley y no más. En consecuencia, el Tribunal de California sostuvo que la Ley había creado un *safe harbour* (“puerto seguro”) por el cual una empresa estaría protegida de la responsabilidad civil cuando cumpliera de manera veraz y precisa con los requisitos de la Ley¹¹⁸. Por lo tanto, se crea un tipo de defensa procesal de la debida diligencia razonable en materia de derechos humanos en virtud de la Ley.

E) Ley de Prohibición de la Tala Ilegal de Australia de 2012

65. En Australia, la Ley de Prohibición de la Tala Ilegal de 2012 prohíbe la importación de artículos hechos de madera talada ilegalmente e impone requisitos de diligencia debida para ciertas clases

¹¹⁶ *Barber v. Nestlé USA Inc* No. 8:2015cv01364 (C.D. Cal. 14 de diciembre de 2015).

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 775. Todas las partes aceptaron que los mariscos utilizados para fabricar el producto de Nestlé Fancy Feast son capturados en las aguas entre Tailandia e Indonesia, pero el grado de dependencia de estas capturas del trabajo forzoso no estaba claro.

¹¹⁸ *Ibid.*, p.787.

de productos de madera regulados¹¹⁹. Obliga a los importadores y procesadores de madera a iniciar procesos de verificación y certificación para garantizar que la madera importada no haya sido talada ilegalmente¹²⁰. El proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos se establece como un proceso de cuatro etapas: el primer paso es la recopilación de información, ya que el importador debe obtener la mayor cantidad de la información prescrita que sea razonablemente factible; el segundo paso es un proceso de opción que implica la evaluación e identificación del riesgo en relación con el marco de legalidad prescrito para la madera (que figura en la sección 11) o una directriz específica de cada país (una vez prescrito); el tercer paso es la evaluación de riesgos; y el cuarto paso es la mitigación del riesgo, que debe ser adecuada y proporcionada al riesgo identificado¹²¹.

66. Si un importador o procesador importa o procesa intencionalmente, madera talada ilegalmente, a sabiendas o imprudentemente, se enfrenta a sanciones significativas, que incluyen hasta cinco años de prisión y/o fuertes multas. Esta legislación se dirige a la empresa en el eslabón final de la cadena de suministro (y utiliza la responsabilidad civil y penal) como un medio para disuadir las actividades ilegales al final de la cadena. Es un modelo potencialmente útil para superar los desafíos regulatorios en un sector distinto que puede surgir en los Estados de acogida, incluida la falta de voluntad o la incapacidad de hacer cumplir sus propias leyes laborales, de derechos humanos y ambientales¹²².

IV. La futura Directiva europea sobre debida diligencia en materia de sostenibilidad

67. Las diferencias entre los instrumentos legislativos actuales, al menos en Europa, han llevado a la Comisión Europea (CE) a decidir introducir una norma de la UE en este ámbito¹²³. Esta decisión ha surgido de la presión proveniente de la sociedad civil, las víctimas, los inversores e incluso las propias empresas. Por ejemplo, un extenso estudio sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos incluyó una encuesta realizada a más de 300 empresas que mostró que una gran mayoría (75,37%) de las empresas encuestadas indicaron que cualquier reglamento de la UE beneficiaría a las empresas al proporcionar una “norma única y armonizada a nivel de la UE (en lugar de un mosaico de diferentes medidas a nivel nacional e industrial)”. Curiosamente, ese estudio también mostró que la mayoría de las empresas consideraban que la nueva regulación mejoraría o facilitaría la influencia respecto a terceros al introducir un estándar no negociable, sin reducir la competitividad o la innovación.

68. La intención de la Comisión Europea de adoptar un nuevo instrumento legislativo en la materia no se centra en un sector específico, sino se trata más bien de una norma de carácter general de Derecho derivado de la UE que tiene el objetivo de establecer un estándar mínimo de diligencia debida aplicable a las empresas europeas en materia de derechos humanos.

¹¹⁹ Véase Second reading Speech, Illegal Logging and Prohibition Act 2012, Commonwealth, Parliamentary Debates, House of Representatives, 23 de noviembre de 2011, 13 570-1.

¹²⁰ El Reglamento de Enmienda de la Prohibición de la Tala Ilegal de 2013 exige que los importadores y transformadores lleven a cabo la diligencia debida a partir del 30 de noviembre de 2014. Hay un período de dieciocho meses de transición durante el cual el gobierno australiano buscará ayudar y educar a las empresas sobre los requisitos de diligencia debida.

¹²¹ Ley de Prohibición de la Tala Ilegal de 2012, sección 7.

¹²² Véase J. NOLAN “Human Rights and Global Corporate Supply Chains” en S. DEVA & D. BILTCHIZ (Eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, pp. 238-265.

¹²³ Grupo de Trabajo del Parlamento Europeo sobre Conducta Empresarial Responsable, “Discurso del Comisario Reynders en el seminario web de RBC sobre diligencia debida”, 30 de abril de 2020, disponible en <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>.

1. La propuesta del Parlamento Europeo sobre diligencia debida y responsabilidad empresarial

69. Tras presentar diversas variantes en junio de 2020¹²⁴, en septiembre de 2020 el Parlamento Europeo adoptó un informe para la Comisión Europea con recomendaciones que incluyen una propuesta de Directiva sobre diligencia debida y responsabilidad empresarial¹²⁵.

70. La propuesta del Parlamento Europeo establecía el objetivo general que los Estados miembros aseguren que las empresas que operan en el mercado interior cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza y no causen ni contribuyan a causar impactos negativos sobre las personas y el medio ambiente¹²⁶. La propuesta estaba diseñada para aplicarse a todas las empresas regidas por la legislación de un Estado miembro o establecidas en el territorio de la Unión, así como a las empresas que se rijan por la legislación de un tercer Estado y no estén establecidas en el territorio de la Unión, pero que operan en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios¹²⁷. De manera similar a los Principios Rectores, el Parlamento Europeo proponía que este acto legislativo cubra todos los derechos humanos y laborales reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. No obstante, a su vez, extiende el ámbito de aplicación material para extenderse a derechos reconocidos en el Convenio sobre los Derechos del Niño, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Social Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las constituciones y leyes que reconocen o implementan los derechos humanos¹²⁸.

71. En relación con las obligaciones de diligencia debida previstas en la propuesta del Parlamento Europeo, los Estados miembros, a través de normas, debían asegurar en la transposición de la Directiva que las empresas pongan en marcha procesos de diligencia debida para identificar y evaluar posibles impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Si una empresa llega a la conclusión de que no genera riesgos ni contribuye a ellos, publicaría una declaración en ese sentido, incluida su evaluación de riesgos, que se revisará en el supuesto de que surjan nuevos riesgos o en el caso de que la empresa inicie nuevas relaciones comerciales que pueden generar riesgos¹²⁹. Asimismo, la propuesta del PE contempla que los Estados miembros deben comunicar públicamente sus esfuerzos de control, establecer los mecanismos necesarios para hacer cumplir los requisitos de debida diligencia y sancionar las infracciones, así como la creación de órganos de control nacionales independientes¹³⁰.

2. La propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

72. De la propuesta del Parlamento Europeo se ha pasado a un proyecto de Directiva de la Comisión Europea sobre *diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, que fue adoptada el 23 de febrero de 2022¹³¹ en el marco del procedimiento legislativo ordinario, incluyendo modificaciones

¹²⁴ Parlamento Europeo, Human Rights Due Diligence Legislation - Options for the EU, junio de 2020 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI\(2020\)603495_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI(2020)603495_EN.pdf).

¹²⁵ Draft Report of the Committee on Legal Affairs (2020/2129(INL)) of 11 September 2020 with Recommendations to the Commission on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability, en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-657191_EN.pdf.

¹²⁶ Ibid., véase artículo 1 de la propuesta del Parlamento Europeo.

¹²⁷ Ibid., véase artículo 2 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo.

¹²⁸ Ibid., véase artículo 3 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo.

¹²⁹ Ibid., véase artículo 4 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo.

¹³⁰ Ibid., véase artículos 5-15 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo.

¹³¹ Véase el anuncio de prensa de la Comisión en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1145; para el texto de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Bruselas, 23.2.2022 COM(2022) 71 final en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>.

importantes respecto de la anterior. La propuesta de Directiva de la CE establece las obligaciones de las empresas de llevar a cabo la diligencia debida en relación con los impactos adversos reales o potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones, las de sus filiales y las relaciones comerciales establecidas en sus cadenas de valor¹³². Se basa en gran medida en los estándares internacionales existentes, como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

73. La propuesta de Directiva obedece a la voluntad de establecer un marco jurídico obligatorio y horizontal que fomente la contribución de las empresas que operan en el mercado único al respeto de los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones y a través de sus cadenas de valor, identificando, previniendo, mitigando y dando cuenta de sus efectos adversos¹³³. Una Directiva de la UE sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas representaría un importante paso adelante a nivel mundial, dado su carácter vinculante, su ámbito geográfico y la importancia económica de las actividades cubiertas, ya sea directamente o a través de las relaciones comerciales y las cadenas de valor, así como por la previsión de diversos mecanismos de supervisión, aplicación y remedición.

A) Objetivos

74. Entre sus objetivos la propuesta de Directiva incluye: 1) mejorar las prácticas de gobierno corporativo; 2) evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único y crear seguridad jurídica para las empresas y las partes interesadas; (3) aumentar la responsabilidad corporativa por los impactos adversos y garantizar la coherencia de las empresas con respecto a las obligaciones; (4) mejorar el acceso a la reparación para aquellos afectados por impactos adversos en los derechos humanos y ambientales de las empresas; 5) complementar otras medidas en vigor o propuestas en la UE a través de un marco horizontal global.

75. Este proyecto de Directiva debe ser considerado en conjunción con otras normas de Derecho derivado vigentes como la aplicación de la Directiva 2013/34 de información no financiera¹³⁴, ya transpuesta a los ordenamientos de los países miembros, que obliga a presentar informes sobre el impacto de las actividades de las empresas en materia de políticas, medidas, impactos y riesgos sociales, ambientales y de derechos humanos, y que incorporará obligatoriamente que las empresas ejerzan la debida diligencia sobre los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones, sus filiales y en la cadena de valor. Asimismo la futura Directiva complementará la propuesta de la Comisión de una Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa¹³⁵, que revisa la Directiva sobre información no financiera, en materia de transición a una economía sostenible y de contribución a la limitación del calentamiento global en consonancia con el Acuerdo de París. El proyecto de Directiva, asimismo, tendrá que ser aplicada en conjunción con el Reglamento sobre taxonomía¹³⁶, una herramienta de transparen-

¹³² “The EU Commission’s Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive SHIFT’S ANALYSIS”, informe publicado en marzo de 2022. El informe se puede consultar en: https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2022/03/Shift_Analysis_EU_CSDDDProposal_vMarch01.pdf; C. BRIGHT, L. SMIT, “The new European Directive on Corporate Sustainability Due Diligence” in *British Institute of International and Comparative Law and Nova School of Law*. 23 February 2022, disponible en <https://www.biiicl.org/blog/32/the-new-european-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence>; ECCJ, European Commission’s proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence A comprehensive analysis, legal brief, April 2022, disponible en <https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/04/ECCJ-analysis-CSDDD-proposal-2022.pdf>.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

¹³⁵ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

¹³⁶ Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088 (OJ L 198, 22.6.2020, pp. 13–43).

cia que facilita las decisiones sobre inversión y ayuda a abordar el *greenwashing* al proporcionar una categorización de inversiones ambientalmente sostenibles en actividades económicas, ya que ampliará la identificación de los riesgos a toda la cadena de suministro, lo que permitirá informar con mayor profundidad a los inversores¹³⁷.

B) Ámbito de aplicación

76. En cuanto a su ámbito de aplicación, la propuesta de Directiva comprende a las empresas domiciliadas en la UE por encima de un determinado umbral en términos de volumen de negocio y número de empleados, así como a otras sociedades de responsabilidad limitada de la Unión que operen en sectores definidos de alto impacto, junto con empresas no europeas aunque con actividad en la Unión, sobre una base similar. En efecto, el proyecto de Directiva se aplica tanto a las empresas europeas como a las no europeas con el requisito de que sean grandes empresas europeas con más de 500 empleados de media; y una facturación neta mundial superior a los 150 millones de euros en el último ejercicio. Al cabo de dos años de su entrada en vigor, el ámbito de aplicación se extenderá a las empresas europeas de mediana capitalización en determinados sectores: empresas europeas que tienen más de 250 empleados de media y un volumen de negocios neto de más de 40 millones de euros, siempre que al menos 50% de este volumen de negocios se haya generado en uno o más de los tres sectores de “alto impacto” que se especifican en el texto¹³⁸. Los efectos adversos para los derechos humanos y el medio ambiente se definen con referencia a una lista de convenios internacionales que figura en un anexo.

77. Las pymes (incluidas las microempresas), que representan la gran mayoría (99 %) de todas las empresas de la UE, están excluidas de los umbrales que expresamente contempla la propuesta de Directiva. A este respecto, como en otro que señalaremos más adelante, la propuesta de Directiva se aparta de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que establecen que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos “se aplica a todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operativo, y estructura”, si bien reconoce que “la escala y la complejidad de los medios a través de los cuales las empresas cumplen con esa responsabilidad pueden variar según estos factores y con la gravedad de los impactos adversos de la empresa en los derechos humanos”¹³⁹. No obstante, la propuesta de Directiva prevé el apoyo y la ayuda financiera (también de los Estados miembros) para las pymes que entran en las cadenas de valor pertinentes. Esta previsión se basa en la evidencia de que las pymes se ven afectadas por leyes que se aplican a las grandes empresas, como señala la exposición de motivos¹⁴⁰. El proyecto de Directiva prevé una cláusula de revisión (art. 29) que hace referencia explícita al ámbito de aplicación personal de la Directiva.

C) Elementos del proceso de debida diligencia en derechos humanos

78. Para cumplir con la Directiva, los Estados miembros de la UE tendrán que garantizar que las empresas dentro de su ámbito de aplicación: i) lleven a cabo e integren la debida diligencia en materia

¹³⁷ Proposal for a Directive, Explanatory Memorandum p. 5.

¹³⁸ Textiles, cuero y productos conexos (incluido el calzado), y el comercio al por mayor de textiles, prendas de vestir y calzado; la agricultura, la silvicultura, la pesca (incluida la acuicultura), la fabricación de productos alimenticios y el comercio al por mayor de materias primas agrícolas, animales vivos, madera, alimentos y bebidas; así como las empresas dedicadas a la extracción, elaboración y fabricación de productos minerales y metálicos y derivados (incisos i) a iii) del apartado b) del apartado 1 del artículo 2).

¹³⁹ Principio Rector 14.

¹⁴⁰ A este respecto, cabe hacer referencia a un estudio de PwC sobre el impacto de la Ley francesa del deber de vigilancia que mostró que casi el 80% de las pymes francesas (que no están cubiertas por la Ley francesa) están obligadas a tomar ciertas medidas en relación con los derechos humanos y el medio ambiente por parte de sus empresas compradoras más grandes, sin recibir apoyo (financiero o de otro tipo) para cumplir con estos requisitos. Véase en https://www.novethic.fr/fileadmin/user_upload/tx_ausynovethicarticles/BH/AD_Enqu%C3%AAta_BPI_France_ORSE_2019_Web.pdf.

de derechos humanos y medio ambiente en sus políticas de cooperación; ii) identifiquen los impactos adversos reales o potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente; (iii) prevengan o mitiguen los impactos potenciales; iv) pongan fin o minimizar los impactos reales; v) establezcan y mantengan un procedimiento de reclamación; (vi) monitoreen la efectividad de la política y las medidas de diligencia debida; y (vii) comuniquen públicamente sobre la debida diligencia (arts. 4-8). El deber de diligencia debida previsto en el proyecto de Directiva se extiende no sólo a las operaciones propias de las empresas dentro de su ámbito de aplicación, sino también a sus filiales y a sus “operaciones de la cadena de valor” en la medida en que respondan a “relaciones comerciales establecidas” (art. 1).

79. Además, el proyecto de Directiva de la Comisión prevé el seguimiento (art.10), la presentación de informes (art. 11) y la aplicación de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente previstas, entre otras cosas, mediante: procedimientos de reclamación a nivel de empresa (art. 9); acción de las autoridades nacionales de supervisión (art. 16-21) y responsabilidad civil de las empresas por daños a los derechos humanos y/o al medio ambiente causados por incumplimiento de la diligencia debida (art. 22). Otras medidas de apoyo incluyen: protección de los denunciantes de irregularidades (art. 23); disposiciones para la elaboración de directrices-guías de diligencia debida (art. 13) y cláusulas contractuales modelo (art. 12); así como restricciones al apoyo estatal a las empresas sancionadas por fallos de diligencia debida (art. 24). También figuran disposiciones relativas a la integración de los derechos humanos en las obligaciones fiduciarias de los administradores de las sociedades (arts. 25 a 26). Las grandes empresas cubiertas por el proyecto de Directiva también están obligadas a tener un plan para combatir el cambio climático (art. 15).

80. Como puede observarse, el proyecto de Directiva exigiría que las empresas emprendieran un proceso que, al menos en sus etapas principales, reflejara en general la DDDH, tal como se prevé en los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Sin embargo, en relación con algunos aspectos, como la profundidad de la diligencia debida en todas las cadenas de valor y la gama de empresas cubiertas, el proyecto de Directiva no parece estar plenamente alineada con los Principios Rectores o con otras orientaciones relacionadas (como las Guías de la OCDE), o con el texto del Parlamento Europeo. En otros ámbitos, los objetivos y el ámbito de aplicación del proyecto de Directiva van más allá de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que, por ejemplo, no se centran directamente en el medio ambiente o el cambio climático. Del mismo modo, el proyecto de Directiva entra en mayor detalle que los Principios Rectores en algunos aspectos, como por ejemplo, la responsabilidad civil.

81. En cuanto a las convergencias, así como las discrepancias entre dichos instrumentos, me voy a referir a las más sobresalientes. En primer lugar, respecto de los impactos de la actividad empresarial y el alcance de los derechos humanos afectados, como reconocen los Principios Rectores, las empresas comerciales pueden “tener un impacto prácticamente en todo el espectro de derechos humanos reconocidos internacionalmente”¹⁴¹. Mientras que “en la práctica, algunos derechos humanos pueden estar en mayor riesgo que otros en industrias o contextos particulares”, “las situaciones pueden cambiar, por lo que todos los derechos humanos deben ser objeto de revisión periódica” por parte de las empresas. Esto proporciona un contexto esencial para interpretar la afirmación que formulan los Principios Rectores acerca de que la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos se refiere “como mínimo” a los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo¹⁴², así como que, dependiendo de las circunstancias en que realicen sus actividades, las empresas deben tener en cuenta otras normas de derechos humanos.

82. En lugar de definir el alcance de los derechos humanos al que deben referirse los procesos de DDDH de las empresas, el proyecto de Directiva de la Comisión adopta la técnica de utilizar un

¹⁴¹ Comentario al Principio Rector 12.

¹⁴² Principio Rector 12.

anexo que define lo que constituyen “impactos adversos en los derechos humanos” (art. 3, letra c)). Las empresas estarán entonces legalmente obligadas por los Estados miembros a prevenir (art. 7) y poner fin (art. 8) a los impactos adversos “resultantes de la violación de los derechos o prohibiciones enumerados en el anexo, mientras que también pueden asumir responsabilidad civil por daños asociados” (art. 22).

83. Para especificar qué se entiende por “impacto adverso en los derechos humanos”, el anexo del proyecto de Directiva de la Comisión Europea incluye tres disposiciones principales. En primer lugar, hay una lista de “violaciones específicas de derechos y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales de derechos humanos”, a saber, una selección de derechos específicos mencionados en los instrumentos internacionales. Esta selección abarca los derechos humanos, tanto civiles como políticos, individuales y grupales, así como los derechos protegidos por el Derecho internacional laboral. En segundo lugar, el anexo incluye una lista de “convenios sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, incluidos los de la Carta Internacional de Derechos Humanos, siete de los nueve convenios fundamentales de derechos humanos de las Naciones Unidas (todos excepto el Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas), instrumentos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho laboral, junto con otros. En tercer lugar, el anexo del proyecto de Directiva también incluye una cláusula semiabierta que define como impacto adverso en los derechos humanos, la “violación de una prohibición o derecho” no especificada en la primera lista incluida en el anexo, pero “que menoscabe directamente un interés jurídico protegido en esos acuerdos, siempre que la sociedad de que se trate pudiera haber establecido razonablemente el riesgo de tal afectación y las medidas adecuadas que deban adoptarse para cumplir las obligaciones a que se refiere el artículo 4 de la presente Directiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes de sus operaciones, como el sector y el contexto operativo”¹⁴³.

84. El proyecto de Directiva parece destinado a ajustarse a esta posición, dadas las extensas listas de recursos e instrumentos incluidos en su anexo. Sin embargo, para las empresas cubiertas en virtud del sector, el alcance de la identificación del impacto es limitado *ex ante* (art. 6, apartado 2). El proyecto de Directiva también incluye algunos derechos o instrumentos que podrían no ser considerados como «reconocidos internacionalmente», en la terminología de los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

85. A pesar de incluir un compromiso explícito con la no regresión (art. 1, apartado 2), y una cláusula de salvaguardia (art. 1, apartado 3), la omisión por parte del proyecto de Directiva de las normas regionales europeas y nacionales de derechos humanos parece regresiva, en particular en lo que respecta a los derechos humanos que ya son vinculantes para las instituciones de la UE y los Estados miembros (como el CEDH, la Carta Social Europea y la Carta Europea de Derechos Fundamentales)¹⁴⁴. Estas normas contienen protecciones que son relevantes en un contexto empresarial y que pueden no ser abordadas en la misma medida por los otros instrumentos mencionados en el anexo. La evidencia de abusos de los derechos humanos por parte de las empresas dentro de la UE y los desafíos para sus víctimas en el acceso a un recurso efectivo están bien documentados. Sin embargo, la Comisión Europea no justifica el enfoque adoptado a este respecto. Hay carencias ostensibles en relación al género, como el Convenio de la OIT sobre el acoso sexual, lo cual resulta llamativo a la luz de los compromisos jurídicos y políticos de la UE en esta materia.

86. El proyecto de Directiva también identifica derechos específicos cuya violación debe evitarse¹⁴⁵. La conjunción de una lista no exhaustiva con una lista de instrumentos (Parte I, 2), que incluye

¹⁴³ Anexo de la propuesta, parte I, sección 1, párr. 20.

¹⁴⁴ *iligence: two paradoxes*, en <https://www.ejiltalk.org/the-european-commissions-proposal-for-a-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence-two-paradoxes/>.

¹⁴⁵ Anexo, parte I, 1.

algunos que no son vinculantes para los Estados miembros hace que el anexo del proyecto de Directiva presente un esquema bastante complejo que puede plantear desafíos de interpretación y claridad. El enfoque selectivo adoptado también puede entrar en tensión con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, así como con la visión de los Principios Rectores de las Naciones Unidas de la debida diligencia en derechos humanos específica del contexto, donde su alcance está configurado por los riesgos relevantes para los derechos humanos, en lugar de preestablecerlos de antemano. Un instrumento legislativo que “señale” instrumentos y derechos potencialmente relevantes puede ser útiles para las empresas. Parece haberse adoptado así un enfoque basado en listas de la ley de diligencia debida de Alemania.

87. En cuanto a la inclusión del medio ambiente, desde el punto de vista de los derechos humanos la protección y regulación del medio ambiente por parte de los Estados es necesaria en la medida en que los daños ambientales, incluido el cambio climático, amenazan los derechos humanos reconocidos por los instrumentos establecidos. No existe ningún obstáculo general, desde el punto de vista de los derechos humanos, en que la futura Directiva pueda exigir a las empresas que observen estándares más altos de protección ambiental. Se puede demostrar que la debida diligencia ambiental reduce la incidencia de impactos ambientales adversos, particularmente en áreas con bajos estándares ambientales. A su vez, esto puede conllevar beneficios indirectos para los derechos humanos.

88. Por lo que respecta a los elementos de la DDDH, como ya se ha señalado los Principios Rectores de las Naciones Unidas prevén la diligencia debida como un proceso continuo, basado en el riesgo, proporcionado y flexible que aborda todos los abusos de derechos humanos reales o potenciales relacionados con las empresas causados por la empresa en cuestión o vinculados a ella a lo largo de las cadenas de suministro o valor. El proyecto de Directiva también refleja el ciclo paso a paso de diligencia debida en materia de derechos humanos descrito por los Principios Rectores. En algunos aspectos se formula en mayor detalle que los otros dos textos y los Principios Rectores al describir estos pasos, mientras que en otros diverge de ellos.

89. En primer lugar, el proyecto de Directiva especifica seis “acciones” que comprenden la diligencia debida que deben aplicar las empresas dentro de su ámbito de aplicación: a) integrar la diligencia debida en las políticas de las empresas; b) identificar los efectos reales o adversos; c) prevenir y mitigar los efectos; d) establecer y mantener un procedimiento de reclamación; e) supervisar la eficacia de las medidas de diligencia debida; y f) comunicar públicamente la diligencia debida. Aunque están configurados de manera ligeramente diferente, estos pasos se alinean ampliamente con los requisitos de diligencia debida expresados por los Principios Rectores. Sin embargo, cada paso está sujeto a una mayor elaboración por el proyecto de Directiva en disposiciones posteriores.

90. El artículo 5 del proyecto de Directiva exige que las empresas «integren la diligencia debida en todas sus políticas corporativas», al tiempo que establecen una «política de diligencia debida» específica (art. 5, apartado 1). Se especifica que estos últimos contienen: una descripción del enfoque global de diligencia debida de la empresa (art. 5, apartado 1, letra a); «un código de conducta que describa las normas y principios que deben seguir los empleados y las filiales de la sociedad» (art. 5, apartado 1, letra b); y una descripción de los procesos desplegados por la empresa para aplicar la diligencia debida, incluida la «verificación del cumplimiento del código de conducta» y su aplicación a las «relaciones comerciales establecidas» (art. 5, apartado 1, letra c)), mientras que las empresas también están obligadas a actualizar anualmente toda la política de diligencia debida (párrafo 2 del art. 5).

91. De conformidad con el artículo 6, el proyecto de Directiva especifica cómo las empresas deben identificar los efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente, los impactos que resulten de las operaciones propias o de las filiales, o de las relaciones establecidas en la cadena de valor (art. 6, apartado 1). En particular, la formulación “derivada de” del mencionado artículo se desvía de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que más bien

se refieren a los impactos que las empresas han causado, a los que han contribuido o a los que están directamente vinculadas¹⁴⁶.

Por lo tanto, la formulación del proyecto de Directiva en el apartado 1 del artículo 6 parece eludir tres categorías de participación de las empresas que se distinguen por los Principios Rectores de las Naciones Unidas y que, en su esquema, conllevan diferentes consecuencias para las empresas, particularmente en relación con la responsabilidad de remediar. Ello se traslada al proyecto de Directiva, entre *otros*, a los artículos 7 y 8 y, por lo tanto, al artículo 22. En el primer momento, esto podría parecer que implica responsabilidad civil por una categoría más amplia de daños (es decir, aquellos a los que la empresa está asociada a través de la vinculación directa) que la que actualmente se considera vigente en virtud del Derecho civil. Por otra parte, la responsabilidad por daños a los que una empresa sólo está directamente vinculada aparece restringida en virtud del apartado 2 del artículo 22, al menos cuando la diligencia debida “razonable” haya sido ejercida por la empresa originaria. En general, entonces, el alcance de la responsabilidad propuesto en este ámbito en el marco del proyecto de Directiva queda ambiguo.

El artículo 6, apartado 4, exige a las empresas que consulten con “grupos potencialmente afectados” para recopilar información sobre posibles impactos. En general, las empresas están obligadas a “tomar las medidas adecuadas” con este fin. El deber general del artículo 6 de identificar los impactos adversos reales y potenciales está limitado de ciertas maneras. El artículo 6, apartado 2, aclara que las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva en virtud de su sector sólo necesitan identificar “los impactos adversos graves que sean pertinentes para su sector respectivo”¹⁴⁷, aunque no parece claro cómo podría lograrse tal determinación (por ejemplo, qué riesgos en relación con una empresa del sector podría evaluarse como «relevante» para ese sector). Del mismo modo, en virtud del artículo 6, apartado 3, las empresas del sector financiero están obligadas a llevar a cabo únicamente una identificación de riesgos *ex ante* en lugar de una identificación continua de riesgos en relación con las actividades financieras, una restricción que no se ajusta a los Principios Rectores de las Naciones Unidas, o a otros estándares.

Además, cabe destacar la utilización en el proyecto de Directiva de términos que matizan las calificaciones, como «apropiado» y «pertinente» para condicionar el alcance del deber de identificación del riesgo establecido. Si bien esta formulación puede proporcionar especificidad sobre el contexto, en consonancia con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, también implica incertidumbre, ya que puede que no siempre esté claro de antemano cómo deben ser interpretados dichos términos. Dado que el incumplimiento del artículo 6 proporciona una base para la responsabilidad, ello puede plantear desafíos en el contexto de la reparación.

El proyecto de Directiva pretende establecer un deber de diligencia debida que se extienda a toda la cadena de valor.¹⁴⁸ Sin embargo, al mismo tiempo restringe el alcance de la identificación de riesgos requerida (artículo 6) a las operaciones propias de las empresas, las filiales y las “operaciones de la cadena de valor realizadas por entidades con las que la empresa tiene una relación comercial establecida”.

92. Como se ha señalado anteriormente, el término “relación comercial establecida” se define en la letra f) del artículo 3 en el sentido de una «relación empresarial, directa o indirecta, que es o se espera que sea duradera, habida cuenta de su intensidad o duración y que no represente una parte insignificante o meramente accesoria de la cadena de valor. Como indica el artículo 3, letra e), se refiere a una relación con cualquier entidad jurídica (“socio”) con la que una sociedad tenga un acuerdo comercial o proporcione “financiación», seguros o reaseguros” (art. 3, letra e), punto 1); o que “realice operaciones comerciales relacionadas con los productos o servicios de la empresa para o en nombre de la empresa” (art. 3, letra e), punto 2). Considerando que puede entenderse que este enfoque tiene por objeto evitar cargas irrazonables para las empresas, tal como se contempla en los Principios Rectores, también puede socavar su pertinencia, en términos de detección de riesgos destacados, en particular dada la probabilidad de que las empresas cubiertas puedan carecer de relaciones comerciales, o de que dichas relaciones

¹⁴⁶ Principios Rectores 19 y 22.

¹⁴⁷ Artículo 2, apartado 1, letra b).

¹⁴⁸ Artículo 3 f).

no estén “establecidas” en los eslabones más bajos de la cadena de suministro, mientras que muchos de ellos son parte integral de la actividad o el modelo comercial de una empresa. Además, los abusos graves son frecuentes en las primeras etapas de la producción. En cualquier caso, las medidas de identificación de riesgos del artículo 6, apartado 1, se matizan por la restricción de que éstas sólo tienen que ser “adecuadas”, de modo que también puede cuestionarse por qué es necesaria la limitación de las relaciones comerciales establecidas para mantener la proporcionalidad.

93. Otras restricciones preocupantes también afectan a esta esfera, como se señaló anteriormente. Se refieren a la disposición del artículo 6, apartado 2, para las empresas incluidas en virtud de su sector¹⁴⁹ de que sólo necesitan identificar “los impactos adversos *graves* que sean relevantes en sector respectivo”; y en virtud del artículo 6, apartado 3, que las empresas del sector financiero están obligadas a realizar únicamente una identificación *de riesgos ex ante* en lugar de una identificación continua del riesgo. Ninguna de estas disposiciones parece ajustarse a las orientaciones de los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

94. El artículo 7 del proyecto de Directiva también establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que las empresas adopten medidas específicas para prevenir o mitigar los impactos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente que se hayan identificado en virtud del artículo 6. Según el artículo 7, apartado 2, letra a), las empresas están obligadas, «cuando proceda» (art. 7, apartado 2) y «cuando sea necesario debido a la naturaleza o complejidad de las medidas requeridas para la prevención» a «elaborar y aplicar un plan de acción de prevención, con plazos de actuación razonables y claramente definidos y con indicadores cualitativos y cuantitativos», en consulta con las partes interesadas. Sin embargo, la incorporación de términos como «pertinente» y cláusulas como «necesario debido a la naturaleza o complejidad de las medidas requeridas», si bien es coherente con el enfoque de los Principios Rectores, deja incierto el efecto jurídico exacto de esta disposición.

El artículo 7, apartado 2, letra b) asimismo exige a las empresas que soliciten garantías contractuales a los socios comerciales en las relaciones comerciales directas de que cumplirán el código de conducta de la empresa de origen, así como cualquier plan de acción de prevención elaborado por la empresa de origen, incluidas las solicitudes en cascada de garantías contractuales para otros negocios de la cadena de valor. Con arreglo al artículo 7, apartado 4, cuando se obtengan tales garantías contractuales, su cumplimiento debe verificarse “mediante las medidas adecuadas”, que pueden incluir la utilización de “iniciativas industriales o de verificación independiente por terceros”. Sin embargo, no se especifica en el proyecto de Directiva cómo se determinará la “pertinencia” de este enfoque, ni qué medidas pueden considerarse “apropiadas” para verificar el cumplimiento.

Las disposiciones adicionales del artículo 7 del proyecto de Directiva prevén obligaciones similares, aparentemente obligatorias, pero cualificadas para “realizar las inversiones necesarias”, para: prevenir o mitigar adecuadamente los efectos adversos¹⁵⁰ prestar apoyo “específico y proporcionado” a las pyme cuando sea necesario para facilitar la aplicación de un código de conducta o un plan de acción de prevención¹⁵¹ y “colaborar con otras entidades” para aumentar la influencia para poner fin a los abusos. El artículo 7, apartado 3, anima a las empresas a entablar relaciones contractuales con proveedores con los que sólo tienen relaciones indirectas para buscar garantías de cumplimiento de los códigos de conducta y planes de prevención, cuando los socios comerciales directos no sean compatibles. Esta disposición parece tener la intención de permitir a las empresas tener un control más estricto sobre los estándares en la cadena de suministro. Sin embargo, su carácter no obligatorio deja en la incertidumbre su impacto.

El artículo 7, apartado 5, de la propuesta de Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que las sociedades cubiertas por el requisito de diligencia debida no amplíen las relaciones comerciales existentes ni entablen nuevas relaciones comerciales con segundas entidades cuando la sociedad no haya aplicado las “medidas adecuadas” tal como se definen en el artículo 7, apartados 2 a 4, para prevenir o

¹⁴⁹ Artículo 2, apartado 1, letra b).

¹⁵⁰ Artículo 7, apartado 2, letra c).

¹⁵¹ Artículo 7, apartado 2, letra d).

“mitigar adecuadamente” impactos adversos potenciales. Además, el artículo 7, apartado 5, exige que las empresas en esta situación, cuando la ley lo permita, deben “suspender temporalmente las relaciones comerciales”¹⁵² y “poner fin a la relación comercial” cuando un posible impacto adverso sea grave¹⁵³, señalando que los Estados miembros pueden necesitar legislar para cubrir estas eventualidades. El artículo 7, apartado 6, establece una exención del artículo 7, apartado 5, letra b), para las empresas de servicios financieros, cuando la rescisión de préstamos, créditos u otros servicios financieros pueda causar un “perjuicio sustancial”. No se entiende en este punto la lógica del proyecto de Directiva, dado que las suspensiones o terminaciones de relaciones comerciales en virtud de otras disposiciones del artículo 7 podrían tener la misma consecuencia práctica.

95. El artículo 8 del proyecto de Directiva refleja el artículo 7 al elaborar un sistema algo complejo que determina cómo deben responder los Estados miembros y las empresas a los impactos adversos reales que se hayan identificado o “deberían haber identificado” de conformidad con el artículo 6. Esta disposición exige que las empresas “pongan fin” (art. 8, apartado 1) a los efectos adversos derivados, según el artículo 6, apartado 1, de sus propias operaciones, las de las filiales y las relaciones comerciales establecidas vinculadas a sus cadenas de valor. Cuando esto no sea posible, deben reducir al mínimo su alcance (art. 8, apartado 2). Cuando sea “pertinente”, el artículo 8, apartado 3, exige además que las empresas “neutralicen” o “minimicen” el alcance de los impactos adversos, lo que puede exigir “el pago de daños y perjuicios a las personas afectadas y de una compensación financiera a las comunidades afectadas”¹⁵⁴ sobre una base que debe ser “proporcionada” a la “importancia y escala” del impacto como así como la contribución de la empresa. De conformidad con el artículo 8, apartado 3, letra b), los planes de medidas correctoras, incluidos los indicadores de “mejora”, que deben elaborarse en consulta con las partes interesadas, son obligatorios en caso de que los efectos adversos no se les pueda “poner fin de inmediato”.

96. En cuanto a la prevención de los abusos de los derechos humanos, el enfoque del proyecto de Directiva es positivo, ya que la prevención de las violaciones de los derechos humanos es preferible a la remediación en todos los casos. En principio, son bienvenidas las disposiciones sobre los planes de acción de prevención (art. 7, apartado 1, punto 2), las inversiones (art. 7, apartado 2, letra c), y el apoyo a las pymes (art. 7, apartado 2, letra d), así como una indicación clara de que las empresas deben prevenir o, alternativamente, mitigar los abusos cuando la prevención no sea posible. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas destacan que la colaboración sectorial puede permitir a las empresas aumentar su influencia y, por lo tanto, prevenir, abordar y remediar los daños de las empresas a los derechos humanos. En la misma línea se pronuncia la Guía de Diligencia Debida de la OCDE sobre la colaboración sectorial. Por tanto, exigir a las empresas que colaboren para aumentar su influencia (art. 7, apartado 3) es un mérito de esta propuesta. Al mismo tiempo, al adoptar este enfoque, ciertos elementos pueden suscitar preocupación. En primer lugar, el papel que se concede a las garantías contractuales (art. 7, apartado 2, letra b) y art. 8, apartados 4 a 5) puede considerarse problemático, habida cuenta de los riesgos de transferencia de la carga por parte de las empresas principales a los proveedores; las posibilidades de medidas superficiales de cumplimiento de la ley que sustituyan a una auténtica gestión de riesgos; y limitaciones de los enfoques actualmente vigentes para la verificación del cumplimiento por parte de terceros a través de la “auditoría social”.

97. Esto se relaciona con el papel previsto, en los artículos 7 y 8 del proyecto de Directiva, para las iniciativas de la industria como un mecanismo en el que las empresas pueden confiar para verificar el cumplimiento de las garantías contractuales que deben solicitar a los socios comerciales. Del proyecto de Directiva no se desprende exactamente cómo funcionarían en la práctica los mecanismos previstos en la letra b) del apartado 2 del artículo 7 y en el apartado 4 del artículo 7. Tal como están formulados,

¹⁵² Artículo 7, apartado 5, letra a.

¹⁵³ Artículo 7, apartado 5, letra b.

¹⁵⁴ Artículo 8, apartado 3, letra a).

pueden estar expuestos a posibles conflictos de intereses. El desarrollo de criterios de adecuación para las iniciativas de múltiples partes interesadas, como propone el proyecto de Directiva es una salvaguardia importante, aunque no suficiente.

D) Reparación

98. En cuanto a la reparación, los Principios Rectores indican que las empresas están obligadas a remediar los daños que han causado o a los que han contribuido; cuando los efectos adversos están directamente vinculados a sus operaciones, pueden remediarlos, pero no están obligadas a hacerlo¹⁵⁵. Sobre esta base, puede considerarse que las disposiciones del proyecto de Directiva en virtud del artículo 8 presentan una articulación más específica y exigente de las medidas correctivas para las empresa que la expresada explícitamente por los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Sin embargo, esto depende exactamente de cómo se interpreten los términos “derivado de” (art. 6), “vinculación directa”¹⁵⁶ y “relaciones comerciales establecidas” (art. 6, apartado 1). Dado que el alcance de la obligación de reparar los daños causados por las empresas en el artículo 8 está condicionado por el deber de identificación del riesgo en el artículo 6 del proyecto de Directiva, las excepciones al artículo 6 discutidas anteriormente adquieren mayor importancia. En general, se puede afirmar que el esquema del artículo 8, aunque ambicioso, sin embargo tiene límites. Además, la forma en que se aplicaría, por ejemplo, cuando el régimen jurídico de un tercer país entrañe abusos de derechos humanos en curso, no está del todo clara. También podría reforzarse la participación de las partes interesadas en las medidas que puedan contribuir a la remediación en virtud del artículo 8.

99. Un segundo aspecto relativo a la reparación previsto por los Principios Rectores de las Naciones Unidas son los mecanismos de reclamación a nivel de empresa o “operacional”¹⁵⁷. En consonancia con ello, el proyecto de Directiva en su artículo 9 exigiría a las empresas que establecieran un procedimiento de reclamación, a disposición de las organizaciones de la sociedad civil, así como de los sindicatos y los particulares, que pueda abordar los impactos reales o potenciales en toda la cadena de valor. Esta característica es positiva, ya que tales procedimientos pueden servir como un mecanismo de alerta temprana, así como proporcionar una vía para la remediación en algunos casos. Por el contrario, las garantías procesales, así como la forma en que los denunciantes participan y tienen derecho a recibir información sobre sus reclamaciones, son menos claras que las disposiciones contenidas en leyes nacionales de diligencia debida en derechos humanos, como la alemana y la noruega.

100. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas prevén una “consulta significativa con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas pertinente” en el contexto de la diligencia debida en derechos humanos¹⁵⁸, considerando que dicha consulta es parte integrante de la función prevista de DDDH como una ayuda para que las empresas comprendan los impactos en personas específicas, en un contexto específico de operaciones. Con este fin, las empresas deben consultar a las partes interesadas “directamente de una manera que tenga en cuenta el idioma y otras barreras potenciales para una participación efectiva”¹⁵⁹. De acuerdo con la Guía de Diligencia Debida de Conducta Empresarial Responsable de la OCDE, la DDDH también debe basarse en el compromiso con las partes interesadas en diferentes etapas del proceso. Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, evidentemente, estos principios generales pueden requerir una interpretación más específica en diferentes contextos, en consonancia con las dimensiones sustantivas y procesales de los derechos internacionalmente reconocidos aplicables a grupos específicos y en situaciones fácticas concretas¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Principio Rector 22.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Principios Rectores 22 y 29-31.

¹⁵⁸ Principio Rector 18.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Por ejemplo, sindicatos, pueblos indígenas, niños, personas con discapacidad, etc.

El proyecto de Directiva matiza el papel de las partes interesadas en la identificación, prevención, mitigación y cese de los daños dejando la identidad y la forma de participación de las partes interesadas en gran medida a la discreción de empresas. Esta es una laguna importante que debe ser subsanada. Además, el papel que se concede a los sindicatos en el proyecto de Directiva está restringido, apartándose de las directrices de la OCDE para la conducta empresarial responsable en una medida que puede suscitar dudas en términos de su coherencia con las normas internacionales del trabajo que establecen el derecho de los sindicatos a ser consultados¹⁶¹.

101. Por último, cabe destacar el papel central que se concede en el proyecto de Directiva de a las asociaciones industriales en relación con la vigilancia del cumplimiento y la verificación. Si bien las asociaciones de la industria son partes interesadas importantes en cualquier proceso corporativo, hasta ahora no se les ha dado un papel de certificación formal en las normas o mecanismos de diligencia debida, y ello puede conducir a conflictos de intereses.

102. En general, en lo que respecta a su plan propuesto para la vigilancia, la aplicación y las sanciones, el proyecto de Directiva, a reserva de su forma de eventual aplicación en la práctica, contempla propuestas de inspección, órdenes vinculantes, multas, medidas provisionales y derecho a las debidas garantías procesales para las partes afectadas que, en principio, parecen apropiadas y adecuadas desde el punto de vista de los derechos humanos.

103. Una diferencia importante entre los textos se refiere a la exclusión de la contratación pública entre las consecuencias para las empresas que incumplan la obligaciones de DDDH. El proyecto de Directiva obligaría a los Estados miembros a garantizar que las empresas que soliciten apoyo público “certifiquen” que no están sujetas a ninguna sanción por cualquier incumplimiento de sus obligaciones de DDDH (art. 24); sin embargo, no excluye a las empresas incumplidoras en procedimientos de contratación pública y de financiación pública. Dado que la contratación pública y la coherencia de las políticas son temas claramente abordados por los Principios Rectores¹⁶², el proyecto de Directiva debería ser modificado en este punto en aras de un trato equitativo de las empresas que suministran bienes y servicios respectivamente a los sectores público y privado¹⁶³.

E) Responsabilidad civil

104. En cuanto a responsabilidad jurídica, el proyecto de Directiva prevé la responsabilidad civil de las sociedades vinculadas a incumplimientos de DDDH, así como exclusiones parciales de responsabilidad basadas en el cumplimiento de la DDDH. Con arreglo al proyecto, cuando una empresa cumpla los requisitos enunciados en los artículos 7 y 8, respectivamente, para prevenir y poner fin a los impactos adversos en materia de derechos humanos o medio ambiente, no será responsable de los “daños” causados por su propia actividad o la de un socio comercial directo, a menos que así esté previsto en virtud de otras normas de Derecho nacional o de la UE (art. 22, apartado 4). La responsabilidad por los daños causados por socios comerciales indirectos solo está contemplada cuando la diligencia debida ejercida por la empresa principal haya incurrido en un defecto de “irracionalidad” (art. 22, apartado 2). Además, el margen de responsabilidad previsto en el artículo 22 está implícitamente limitado por las restricciones a la identificación de riesgos señaladas anteriormente, dado que ésta es una puerta de entrada a los deberes de prevención (art. 7) y de poner fin a los efectos adversos (art. 8). Por lo tanto,

¹⁶¹ En el proyecto de Directiva, el papel explícito de los sindicatos se limita a la participación en los procedimientos de reclamación, lo que limita su participación en el proceso de diligencia debida en general. Además, la referencia a los acuerdos marco globales también está ausente, ya que aunque reconoce el derecho de los sindicatos a ser informados, no reconoce el carácter vinculante de las consultas laborales y el diálogo social.

¹⁶² Principios Rectores 6, 7, 8.

¹⁶³ La ley de diligencia debida de Alemania prevé exclusiones claras de la participación en licitaciones públicas basadas en el incumplimiento de los requisitos de diligencia debida en derechos humanos.

parece que la responsabilidad en relación con los daños en la cadena de valor también está condicionada, *entre otras cosas*, por el alcance de las empresas cubiertas, las relaciones comerciales establecidas y el mecanismo para solicitar garantías contractuales (art. 7, apartado 2).

105. El sistema general de responsabilidad del proyecto de Directiva parece incorporar un compromiso entre el objetivo de atribuir responsabilidad a la falta de DDDH que causa daños y el objetivo de garantizar la razonabilidad y la proporcionalidad de dicha responsabilidad. En cualquier caso, las formulaciones propuestas por el proyecto en materia de responsabilidad son más amplias y técnicamente complejas que lo previsto en las leyes nacionales de DDDH hasta la fecha, aunque existe un riesgo aparente de que no cumplan ni las expectativas de seguridad jurídica para las empresas, ni una ampliación del acceso a la reparación para las víctimas. En este sentido, si bien muchas partes interesadas han recomendado que la carga de la prueba recaiga en las empresas para demostrar que han cumplido las obligaciones de DDDH y que los daños y las infracciones no resultan de la falta efectiva de diligencia debida en derechos humanos, en virtud del proyecto de Directiva, si las empresas han obtenido garantías contractuales de su socios comerciales que han cumplido con el código de conducta de la empresa verificado por una auditoría de terceros, los reclamantes deben demostrar que las garantías no eran “apropiadas”. Tales requisitos pueden socavar la remediación por medio de la responsabilidad civil y seguir siendo obstáculos importantes para la rendición de cuentas efectiva de las empresas.

106. Por último, una observación en relación con la disposición del artículo 8, apartado 3, relativa a los pagos de “daños y perjuicios” y “compensación financiera” a las personas afectadas para neutralizar o minimizar el alcance de los efectos adversos. Se necesitan iniciativas para acelerar la reparación de las víctimas de abusos corporativos, y se alienta a las empresas a facilitar la remediación de los abusos, particularmente teniendo en cuenta la duración típica de los procedimientos civiles, especialmente aquellos de carácter transnacional y que involucran complejas cuestiones de hecho y de derecho, como las planteadas en la búsqueda de la responsabilidad de la sociedad matriz. Sin embargo, como se ha señalado, la relación entre el artículo 8, apartado 3, y las disposiciones sobre responsabilidad civil por daños y perjuicios vinculados a faltas de diligencia debida parece poco clara, al igual que las consecuencias jurídicas generales del artículo 8, apartado 3.

107. En suma, el proyecto de Directiva de la Comisión tampoco ha contribuido a eliminar los graves obstáculos legales en la presentación de reclamaciones transnacionales contra las empresas, como los altos costos, los plazos cortos de prescripción, el acceso limitado a las pruebas, la capacidad legal restringida y una carga de la prueba desproporcionada.

V. Conclusiones

108. Desde la creación de la noción de *diligencia debida en materia de derechos humanos* en los Principios Rectores de las Naciones Unidas, el término se ha utilizado en una variedad de instrumentos internacionales, regionales y nacionales. La creación de este *ecosistema* de instrumentos sobre empresas y derechos humanos y en particular de aquellos que han incluido la debida diligencia en materia de derechos humanos con carácter obligatorio es uno de los importantes logros de la primera década de los Principios Rectores, aunque siguen persistiendo enormes desafíos en cuanto a la rendición de cuentas por parte de las organizaciones empresariales en términos de hacer efectiva su responsabilidad.

109. Los instrumentos considerados en este trabajo representan los intentos iniciales de introducir requisitos obligatorios de diligencia debida en materia de derechos humanos para las empresas. Difieren en el lenguaje sobre la DDDH, el alcance de los derechos humanos y las empresas incluidas en su ámbito de aplicación (algunos con umbrales y otros no), el tipo y el alcance de la responsabilidad (si la hubiera) y los medios y mecanismos de aplicación. Por supuesto, las responsabilidades de diligencia debida en materia de derechos humanos por sí solas no conducen automáticamente a la responsabilidad

de las empresas¹⁶⁴, como se pone de manifiesto en la aplicación de la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido.

110. La mayoría de estos instrumentos han adoptado las mismas o similares definiciones de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, con algunas modificaciones para incluir los impactos ambientales y, en algún caso, los impactos del cambio climático. Los instrumentos han aumentado constantemente tanto el alcance de las empresas cubiertas como el grado de rendición de cuentas. Por lo tanto, las filiales, los proveedores y otras empresas implicadas en una relación comercial, incluidas las que se encuentran fuera del territorio de un Estado, se incluyen en el ámbito de aplicación. Si bien aún no se ha determinado el efecto de la responsabilidad de las empresas, es evidente que muchas organizaciones empresariales han pasado a reconocer la necesidad de que emprendan la debida diligencia en materia de derechos humanos y sean responsables de ello¹⁶⁵.

111. Este trabajo ha mostrado las razones que han llevado a establecer la DDDH, así como sus limitaciones y el camino que queda por recorrer. Es muy probable que haya más instrumentos de debida diligencia obligatoria, o que busquen alcanzar el mismo objetivo, en un futuro próximo. Coincidimos en afirmar que ya no es una cuestión de si, sino de cuándo entrarán en vigor tales leyes sobre la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos y cómo afectarán a las operaciones y prácticas comerciales actuales¹⁶⁶.

112. Estos avances podrían significar que en el futuro se debe considerar la naturaleza de los aspectos centrales de los instrumentos de diligencia debida en materia de derechos humanos que pueden ser utilizados y perfeccionados a nivel nacional e internacional. Uno de estos aspectos es si la debida diligencia en materia de derechos humanos debe limitarse a los impactos en los derechos humanos. La Ley francesa del Deber de Vigilancia incluye los impactos ambientales (la propuesta de directiva de la Comisión también lo hace, y pretende abordar los impactos en el cambio climático). Este enfoque también puede extenderse a los impactos del cambio climático, sobre los cuales ya hay presiones crecientes para que sean incluidos en las legislaciones nacionales que se encuentran en proceso de elaboración¹⁶⁷.

113. Otro aspecto central reside en clarificar más profundamente los impactos particulares de las actividades empresariales en los grupos vulnerables, así como los impactos de género. También es necesario investigar en el futuro qué tipo de empresas deben ser cubiertas por el ámbito de aplicación (por ejemplo, si se debe tener un umbral o incluir a todas las empresas), si se deben incluir organismos públicos, un examen empírico de más sectores y hasta qué punto deben contemplarse las actividades transnacionales de las empresas, especialmente las empresas matrices y las empresas conjuntas. Es probable que de los efectos de la pandemia de COVID-19¹⁶⁸ también puedan extraerse algunas lecciones¹⁶⁹.

114. El vínculo entre la DDDH y la responsabilidad aún no se ha materializado plenamente en la legislación. Los procedimientos civiles, penales y administrativos son posibles, pero no todos se han utilizado hasta la fecha, y la responsabilidad debe vincularse al acceso a los recursos para las víctimas¹⁷⁰.

¹⁶⁴ C. BRIGHT, A. MARX, N. PINEAU AND J. WOUTERS, "Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?" *Business and Politics*, 2020, vol. 22(4), pp. 667-697.

¹⁶⁵ R. MCCORQUODALE, L. SMITS, S. NEELY & R. BROOKS, "Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises", *Business and Human Rights Journal*, 2017, vol. 2(2), pp.195-224.

¹⁶⁶ W. ANDERSON, "Human Rights Due Diligence: A Business Perspective" disponible en www.business-humanrights.org/en/mandatory-human-rights-due-diligence-a-business-perspective.

¹⁶⁷ Véase C. MACCHI, "The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence'", *Business and Human Rights Journal*, 2021, 6(1), pp. 93-119.

¹⁶⁸ La Ley Australiana de Esclavitud Moderna extiende su ámbito a los organismos públicos.

¹⁶⁹ Véase, por ejemplo, el informe de investigación de la OIT, "El Efecto dominó de la cadena de suministro: Cómo la COVID-19 está afectando a los trabajadores de la confección en fábricas en Asia y el Pacífico", octubre de 2020, disponible en: www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_758428/lang-en/index.htm.

¹⁷⁰ Sobre el acceso al remedio, véase el estudio solicitado por el Parlamento Europeo, disponible en [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU\(2019\)603475_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU(2019)603475_EN.pdf).

115. Además, el vínculo entre los deberes de los directores y la debida diligencia en materia de derechos humanos también es muy relevante, y debe ser refinado técnicamente en los términos oportunos.

116. Hay un área adicional a explorar, relativa al desarrollo de capacidades en los países del Sur Global con el fin de que para todos los involucrados – víctimas y empresas – las decisiones se tomen cerca de la actividad que causó la disputa, haya mecanismos operativos de quejas transparentes e independientes, y las decisiones se tomen de acuerdo con los principios del estado de derecho¹⁷¹. Del mismo modo, es necesario estudiar mecanismos apropiados para la aplicación efectiva de la debida diligencia de derechos humanos, incluida la supervisión pública¹⁷².

117. Sobre todo, es necesario revisar y analizar la legislación vigente de forma continua, y mejorar la propuesta de Directiva antes de que sea finalmente aprobada. Sin una legislación adecuada y bien orientada, existe el riesgo de que se produzca un enfoque de “casilla de verificación” para que las prácticas corporativas existentes puedan continuar donde se permita a las empresas competir utilizando comportamientos insostenibles de derechos humanos y ambientales, como la utilización de trabajo infantil y otras formas modernas de esclavitud, y la contaminación del aire, el agua y la tierra, con graves consecuencias para los derechos humanos de las víctimas y daños al medio ambiente. Una legislación de mayor calidad técnica y sustantiva permitiría abordar las causas profundas de las violaciones de los derechos humanos y los daños ambientales por parte de las empresas de manera más consistente y coherente.

118. Sobre el proyecto de Directiva de la Comisión Europea, puede afirmarse que incorpora algunos pasos adelante en la regulación jurídica de la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente para las empresas. Este instrumento es de importancia potencialmente mundial, dado el establecimiento de obligaciones jurídicamente vinculantes de diligencia debida para las empresas; por la importancia económica de las actividades cubiertas; y las sólidas disposiciones previstas en materia de prevención, vigilancia, aplicación y remediación. Sin embargo, como se ha identificado anteriormente, en algunos aspectos importantes, el proyecto de Directiva no cumple las expectativas de los Principios Rectores de las Naciones Unidas y las obligaciones jurídicas existentes de la UE, así como sus compromisos políticos, mientras que los aspectos de su esquema general pueden implicar importantes desafíos técnicos a la hora de su implementación y cumplimiento. En algunos otros aspectos, el proyecto de Directiva no lleva adelante elementos que podrían reforzar plausiblemente su eficacia e impacto, directa e indirectamente, en relación con los compromisos de la UE en materia de derechos humanos y desarrollo sostenible. Si bien se han abordado la complejidad que tiene la regulación en este ámbito, los numerosos méritos del proyecto de Directiva no impiden afirmar la necesidad de que se corrijan sus deficiencias en el procedimiento legislativo ordinario de la UE que queda por finalizar.

119. Por último, cabe señalar tres consideraciones clave sobre el camino a seguir con respecto a la debida diligencia en materia de derechos humanos. En primer lugar, ahora hay una clara tendencia hacia la exigencia de la debida diligencia por medio de instrumentos legislativos, que sólo se espera que aumente a medida que el mundo busca reconstruirse mejor a partir de la crisis sanitaria creada por la pandemia de la COVID-19 y para luchar contra el cambio climático. En segundo lugar, los debates se han desplazado en torno a la debida diligencia en materia de derechos humanos obligatoria, proliferando las discusiones sobre la naturaleza y el alcance de los requisitos jurídicos y su relación con la responsabilidad legal. En tercer lugar, hay un camino traicionero por delante en la próxima década. La “legalización” es bienvenida, pero las leyes nacionales que afianzan ciertas versiones de la diligencia debida

¹⁷¹ Hay un pocos ejemplos de legislación en esta área de países del Sur Global; aunque ninguno es específicamente sobre la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos, se pueden ver por ejemplo, la ‘Lista sucia’ de mano de obra esclava de Brasil, la Ley de Empoderamiento Económico de la Población Negra de Base Amplia (Sudáfrica 2003); véase el informe de Conectas sobre las idas y venidas de la lista sucia sobre trabajo esclavo de Brasil (20 de febrero de 2018), disponible en: www.conectas.org/en/news/back-forth-slave-labor-dirty-list-brazil.

¹⁷² Véase la discusión en www.business-humanrights.org/en/latest-news/report-on-options-for-enforceable-responsible-business-conduct-instruments-including-mandatory-due-diligence/.

de derechos humanos sin establecer regímenes de responsabilidad o con regímenes de responsabilidad deficientes podrían hacer más daño que bien a los esfuerzos de rendición de cuentas de las empresas.

120. En nuestra opinión, la legislación sobre debida diligencia en materia de derechos humanos, cualquiera que sea su nombre, debe tratar de cumplir los tres objetivos interdependientes de prevención, rendición de cuentas y reparación. Sin la rendición de cuentas por incumplimiento, la DDDH no logrará el objetivo de la prevención en la práctica. Sin disposiciones complementarias (e insoslayables) de responsabilidad civil, quienes sufran daños no dispondrán de medios para exigir la reparación de los daños y pérdidas que hayan sufrido. La rendición de cuentas debe reforzarse mediante una combinación de una fuerte transparencia, obligaciones de presentación de informes y divulgación, así como supervisión independiente y bien dotada de recursos y órganos encargados de hacer cumplir la ley.