

138

Documento de
investigación

Octubre de
2021

**Más allá de la responsabilidad social de las
empresas: reforzar la diligencia debida en
materia de derechos humanos mediante el
Instrumento jurídicamente vinculante sobre
empresas y derechos humanos**

Daniel Uribe Terán



**SOUTH
CENTRE**



DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN

138

MÁS ALLÁ DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS: REFORZAR LA DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS MEDIANTE EL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS*

Daniel Uribe Terán†

SOUTH CENTRE

OCTUBRE DE 2021

* Este documento de investigación fue traducido del inglés por Rocío Amorozo.

† Daniel Uribe Terán es Oficial de Programa Principal del Programa de Desarrollo Sostenible y Cambio Climático (SDCC, por sus siglas en inglés) de South Centre.

EL SOUTH CENTRE

En agosto de 1995, se estableció South Centre como organización intergubernamental permanente. Está compuesto por Estados miembros de países en desarrollo y es responsable ante ellos. Lleva a cabo investigaciones orientadas a la formulación de políticas sobre cuestiones fundamentales de políticas de desarrollo y apoya a los países en desarrollo para participar eficazmente en los procesos de negociación internacional que son pertinentes para el logro de los objetivos de desarrollo sostenible (SDGs). El Centro también presta asistencia técnica y fomenta la creación de capacidades en las esferas abarcadas por su programa de trabajo. Partiendo de la premisa de que el logro de los objetivos de desarrollo sostenible, en particular la erradicación de la pobreza, requiere políticas nacionales y un régimen internacional que apoye y no socave los esfuerzos de desarrollo, el Centro promueve la unidad del Sur, reconociendo al mismo tiempo la diversidad de los intereses y prioridades nacionales.

ADVERTENCIA

Las opiniones expresadas en el presente documento son las de su autor/a o autores/as y no representan la opinión del South Centre o de sus Estados miembros. Cualquier error u omisión en este documento es responsabilidad exclusiva de su autor/a o autores/as.

Toda observación relativa al presente documento o a su contenido será muy apreciada. Datos de contacto:

South Centre
International Environment House 2
Chemin de Balexert 7–9
CP 228, 1211 Ginebra 19
Suiza
Tel. (41) 022 791 8050
south@southcentre.int
www.southcentre.int

Siga la cuenta del South Centre en Twitter: [South Centre](#) 

RESUMEN

El debate sobre la necesidad de establecer requisitos obligatorios de debida diligencia en materia de derechos humanos (en inglés: Human Rights Due Diligence, o HRDD) ha atraído el interés de los responsables políticos, las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones internacionales. La tendencia actual sobre la adopción de la legislación nacional relativa a las normas de HRDD muestra una variedad de opciones y modelos que podrían servir como un paso adelante hacia la adopción de un marco internacional sólido de responsabilidad corporativa y remedio en caso de violaciones de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales.

Este documento de investigación pretende identificar los elementos que caracterizan la debida diligencia en materia de derechos humanos para encontrar una posible definición común para su aplicación. Para ello, se analiza la práctica regional y estatal actual en la adopción de legislación obligatoria sobre HRDD en diferentes sectores. Por último, se discutirán los principios que caracterizan el enfoque adoptado por el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta de las Naciones Unidas encargado de adoptar un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales y cómo este instrumento podría servir como una importante piedra angular para la elaboración de normas modernas sobre la cuestión de las empresas y los derechos humanos.

The discussion on the need for mandatory human rights due diligence (HRDD) requirements has permeated the interests of policy makers, civil society organizations and international organizations. The current trend on the adoption of domestic legislation concerning HRDD standards shows a variety of options and models that might serve as a step forward to the adoption of a strong international framework of corporate accountability and remedy for human rights violations in the context of business activities.

This research paper aims at identifying the elements that characterize human rights due diligence to find a possible common definition for its implementation. It does so through analysing current regional and State practice in the adoption of mandatory HRDD legislation in different sectors. Finally, it will discuss the principles that characterize the approach taken by the United Nations Open-ended Intergovernmental Working Group in charge of adopting a Legally Binding Instrument on transnational corporations and other business enterprises and how it could serve as an important cornerstone for modern rule making on the issue of business and human rights.

Le débat sur la nécessité d'imposer des obligations de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme (en anglais: Human Rights Due Diligence, ou HRDD) a suscité l'intérêt des décideurs politiques, des organisations de la société civile et des organisations internationales. La tendance actuelle à l'adoption de législations nationales concernant les normes de HRDD montre une variété d'options et de modèles qui pourraient servir d'étape vers l'adoption d'un cadre international solide de responsabilité des entreprises et de recours en cas de violation des droits de l'homme dans le contexte des activités commerciales.

Ce document de recherche vise à identifier les éléments qui caractérisent la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme afin de trouver une éventuelle définition commune pour sa mise en œuvre. Pour ce faire, il analyse les pratiques actuelles des régions

et des États en matière d'adoption de législations obligatoires sur HRDD dans différents secteurs. Enfin, il discutera des principes qui caractérisent l'approche adoptée par le Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée des Nations Unies chargé d'adopter un instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et de la manière dont cet instrument pourrait servir de pierre angulaire à l'élaboration de règles modernes sur la question des entreprises et des droits de l'homme.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. DEFINICIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....	2
1.1. <i>La relación entre el "deber de diligencia" y la diligencia debida en materia de derechos humanos</i>	2
1.2. <i>La diligencia debida en materia de derechos humanos en el derecho internacional</i> 4	
1.3. <i>La diligencia debida en materia de derechos humanos en los UNGP</i>	5
2. EVOLUCIÓN ACTUAL DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS	8
2.1 <i>La experiencia europea</i>	9
2.2 <i>Sección 1502 de Estados Unidos de la Ley Dodd-Frank (2010)</i>	13
2.3 <i>La Ley contra la esclavitud moderna del Reino Unido (2015)</i>	14
2.4 <i>La ley francesa sobre el deber de vigilancia (2017)</i>	15
2.5 <i>Ley del mancomunado sobre la esclavitud moderna (2018)</i>	16
2.6 <i>Iniciativa empresarial responsable de Suiza (2020)</i>	17
2.7 <i>Ley alemana de diligencia debida en la cadena de suministro (2021)</i>	18
3. DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS.....	21
3.1 <i>Prevención en el Instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos basado en los UNGP</i>	22
3.2 <i>El artículo 6 refleja una obligación de conducta, no una obligación de resultado</i> ..	23
3.3 <i>Encontrar puntos en común con la actual legislación nacional sobre los HRDD</i> ...	24
CONCLUSIONES	27

INTRODUCCIÓN

Durante la Vigésima Sexta Sesión del Consejo de Derechos Humanos en 2013, Ecuador y Sudáfrica propusieron la Resolución 26/9 (A/HRC/26/9) y solicitaron el establecimiento de un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta (OEIGWG, por sus siglas en inglés) con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos (ILBI, por sus siglas en inglés), las actividades de las empresas transnacionales y otras comerciales.

El OEIGWG ha celebrado seis reuniones desde 2014. En su sexta sesión, el OEIGWG examinó el segundo borrador revisado del ILBI presentado por el presidente-relator. Para la Alta Comisionada de Derechos Humanos, el proceso de los tratados es "una oportunidad para mejorar la protección de los derechos humanos en el contexto de las empresas, entre otras cosas mejorando la rendición de cuentas y el acceso de las víctimas a recursos efectivos".¹ La Alta Comisionada también destacó que el proceso forma parte de los "esfuerzos en curso a nivel nacional e internacional para adoptar medidas reguladoras que exijan a las empresas la diligencia debida en materia de derechos humanos".²

La prevención de los abusos contra los derechos humanos perpetrados por agentes privados ha sido, durante mucho tiempo, un componente de los debates en torno a la responsabilidad de las empresas.³ La adopción de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (UNGP, por sus siglas en inglés)⁴ aclara, en relación con determinados aspectos, los medios necesarios para prevenir tales abusos a través del Segundo Pilar relativo a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Asimismo, uno de los pilares clave del ILBI es la prevención de los abusos de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, que se ha incluido en el artículo 6 del actual tercer borrador revisado del ILBI, publicado por el presidente-relator, en agosto de 2021. Este proyecto servirá de base para las negociaciones intergubernamentales sustantivas directas dirigidas por los Estados en la Séptima Sesión del OEIGWG (del 25 al 29 de octubre de 2021).

Este trabajo de investigación identificará en primer lugar los principales elementos de la diligencia debida en materia de derechos humanos. A continuación, examinará la práctica actual de los estados en la adopción de la diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos en distintos sectores, como la minería y la prohibición de la esclavitud. Por último, se discutirán los principios que caracterizan el enfoque adoptado por el ILBI, tal como se incorporan en el artículo 6 del tercer borrador que trata de la prevención.

¹ Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discurso de apertura durante la Sexta Sesión del OEIGWG sobre Empresas y Derechos Humanos, 26 de octubre de 2020. Disponible en <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26417&LangID=E> (consultado el 21 de septiembre de 2021).

² Ibid.

³ Daniel Uribe Terán, "Keeping the Head Up: Lessons Learned from the International Debate on Business and Human Rights", *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, v. 2, n. 2 (2018).

⁴ Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Naciones Unidas - Doc. A/HRC/17/31). Disponible en https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf (consultado el 21 de septiembre de 2021).

1. DEFINICIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El concepto de diligencia debida suele orientarse a reducir los riesgos sociales, políticos y económicos de las transacciones y relaciones comerciales.⁵ Como tal, es un proceso que normalmente consta de un procedimiento en dos fases que contempla la investigación de los hechos y la evaluación de los mismos conforme a una norma de diligencia.⁶ Al seguir este planteamiento, las empresas privadas deben evaluar el impacto de sus actividades en diversos contextos, sectores y circunstancias, con la minuciosidad y el cuidado suficientes que cabría esperar de una persona razonable.⁷

Este proceso podría incluir el establecimiento de normas éticas extralegales, incluido la configuración de una cultura organizativa que fomente "actividades empresariales responsables que mejoren tanto el bienestar económico como el social."⁸ El objetivo final de identificar y evaluar los impactos de las actividades empresariales mediante la diligencia debida es mitigar cualquier "amenaza, del potencial de daño o perjuicio",⁹ incluida la comisión de un delito, o abusos y violaciones de los derechos humanos.

Aunque el proceso de diligencia debida está normalmente vinculado a pasos de identificación y gestión de riesgos comerciales en un contexto empresarial, la práctica estatal actual a nivel nacional e internacional ha considerado cada vez más la diligencia debida como un "conjunto de actividades emprendidas por una empresa para identificar y gestionar los riesgos para la empresa" circunscritos a un contexto o transacción particular,¹⁰ incluyendo la prevención de abusos de los derechos humanos. La siguiente sección considerará algunos de estos elementos tal y como se aplican en las decisiones judiciales y a través de las normas internacionales.

1.1. La relación entre el "deber de diligencia" y la diligencia debida en materia de derechos humanos

La idea de la diligencia debida al servicio del objetivo de mitigar la responsabilidad ha ido aumentando con los años. De acuerdo con la Ley de reforma de sentencias de Estados Unidos de 1984 y su guía de 2018 para el cumplimiento,¹¹ la diligencia debida podría servir como un factor "que mitiga(n) el castigo final de una organización."¹² En el párrafo 8B2.1. sobre el Programa de cumplimiento y ética eficaz, la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos reconoció que un programa de cumplimiento y ética requiere:

- a. ejercer la diligencia debida para **prevenir y detectar conductas delictivas**;
- b. caso contrario, **promover una cultura organizativa** que fomente la **conducta ética y el compromiso con el cumplimiento de la ley**. (énfasis añadido)

⁵ Mark B. Taylor, Luc Zandvliet y Mitra Forouhar, "Due Diligence for Human Rights: A Risk-Based Approach", Working Paper, No. 53 (Corporate Social Responsibility Initiative, 2009), p. 5.

⁶ Ibid., p. 3.

⁷ Robert W. Kolb, ed., *Encyclopedia of Business Ethics and Society* (Sage Publications, 2008) p. 626.

⁸ Ibid., p. 624.

⁹ Taylor, Zandvliet y Forouhar (2009), p. 5.

¹⁰ Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale, "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 28, No. 3 (2017), p. 902.

¹¹ Comisión de Sentencias de los Estados Unidos, *The 2018 Annotated Guidelines Manual*, Capítulo 8. Disponible en <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/annotated-2018-chapter-8#NaN> (consultado el 6 de octubre de 2021).

¹² Ibid.

Este proceso de diligencia debida y cultura organizativa debe, como mínimo, establecer normas y procedimientos para prevenir y detectar conductas delictivas y adoptar medidas razonables con el fin de garantizar su plena aplicación y eficacia, incluido el establecimiento de procedimientos de denuncia y respuesta y medidas disciplinarias para directivos y empleados.¹³ En el caso del Reino Unido, el principio del "deber de diligencia" es uno de los avances más importantes en materia de responsabilidad civil y está directamente relacionado con los procesos de diligencia debida.

El principio del deber de diligencia se ha desarrollado ampliamente en la jurisprudencia del Reino Unido. Por ejemplo, Lord Atkin reconoció la necesidad de:

"[...] adoptar la diligencia razonable para evitar actos u omisiones que razonablemente se pueda prever que causarán perjuicio a las personas que se vean tan estrecha y directamente afectadas por dicho acto que sería razonable tenerlos en cuenta al realizar dicho acto u omisión"¹⁴ (énfasis añadido)

El deber de diligencia crea una **obligación jurídica** entre una persona que debe a otra la obligación, al realizar actividades u omitirlas, de prever razonablemente el riesgo de causar daños. No obstante, debe existir un vínculo entre el perjuicio derivado de dicha acción u omisión y el incumplimiento de una obligación, lo que significa crear un nivel de **proximidad** entre el deber de diligencia y un daño previsible. El desarrollo posterior del deber de diligencia ha reconocido que las empresas, en particular las matrices, deben tener un **conocimiento superior** sobre un aspecto relevante en un sector concreto, y por tanto deben tener un **conocimiento real** sobre los riesgos derivados de sus operaciones.¹⁵

La obligación de las empresas de aplicar un deber de diligencia sobre sus operaciones tiene implicaciones en el establecimiento de políticas para todo el grupo, en particular la responsabilidad de la gestión de riesgos y el cumplimiento en todo el grupo.¹⁶ Las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo del Reino Unido en los asuntos *Vedanta* y *Royal Dutch Shell*¹⁷ han incrementado la necesidad de aplicar la diligencia debida en materia de derechos humanos como parte de la cultura corporativa de una empresa en toda su cadena de valor global, y está estrechamente relacionada con el concepto de negligencia como base de la responsabilidad.¹⁸

Por lo tanto, el objetivo de los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos parece implicar el diseño y la aplicación de un mecanismo, o un conjunto de mecanismos puestos en marcha por una empresa para cumplir con su deber de diligencia, no solo hacia sus empleados, sino también hacia la comunidad en la que operan. Los requisitos de diligencia debida en materia de derechos humanos deben entenderse, en este contexto, como "la obligación de la empresa matriz de supervisar las actividades de su filial y de tratar de prevenir y mitigar los daños causados por sus relaciones comerciales".¹⁹ Dichos procesos deben incluir el diseño de políticas internas en todas las operaciones de la empresa para identificar y mitigar los daños, perjuicios o lesiones previsibles.

¹³ Ibid.

¹⁴ Donoghue v Stevenson [1932] A.C. 562, Cámara de los Lores.

¹⁵ Lubbe v Cape Plc [2000] UKHL 41; Chandler v Cape plc [2012] EWCA Civ 525

¹⁶ Richard Meeran, "Multinational Human Rights Litigation in the UK: A Retrospective", *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, No. 2, pp. 8-9.

¹⁷ Vedanta Resources PLC y otro (demandados/demandantes) contra Lungowe y otros (demandantes/demandados) [2019] UKSC 20; y Okpabi y otros contra Royal Dutch Shell Plc y otro [2021] UKSC 3.

¹⁸ Bonnitca y McCorquodale (2017).

¹⁹ Gwynne Skinner, Robert McCorquodale and Oliver De Schutter, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, (ICAR, CORE and ECCJ, 2013); citado en International Commission of Jurists, *Needs and Options for a New Instrument in the Field of Business and Human Rights* (Geneva, 2014), p. 30.

1.2. La diligencia debida en materia de derechos humanos en el derecho internacional

La diligencia debida se ha concebido como una norma de conducta en derecho internacional, que "define y circunscribe la responsabilidad del Estado en relación con la conducta de terceros".²⁰ Este principio ha sido reconocido como parte del derecho de gentes, considerando que:

"El derecho de las naciones obliga a todo gobierno nacional a emplear la 'diligencia debida' para impedir que dentro de su propio dominio se haga un mal a otra nación con la que está en paz, o a sus habitantes, y por ello, desde hace mucho tiempo se ha reconocido la obligación de una nación de castigar a quienes, dentro de su propia jurisdicción, falsifiquen la moneda de otra nación."²¹ (énfasis añadido)

Del mismo modo, el Tribunal Permanente de Arbitraje ha reconocido que un Estado está obligado a emplear la diligencia debida para prevenir cualquier acto criminal contra otra nación o su población.²² De lo anterior, es posible concluir que la principal característica de la diligencia debida, frente a los estados en el derecho internacional, es el hecho de que la diligencia debida implica un deber de conducta *para prevenir*, más que una obligación de resultado *para no infringir o cumplir* determinadas obligaciones.

Para la Corte Internacional de Justicia, el principio de diligencia debida es un principio "general y bien reconocido"²³. Afirmó que "es obligación de todo Estado 'no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros estados'".²⁴ Esto implica que el Estado está "obligado a utilizar todos los medios a su alcance para evitar que las actividades que se desarrollen en su territorio, o en cualquier zona bajo su jurisdicción, causen daños significativos".²⁵ Por lo tanto, la obligación de diligencia debida es una de conducta "de adoptar medidas reglamentarias o administrativas"²⁶ para alcanzar un objetivo concreto, por una obligación de "evitar alteraciones del equilibrio ecológico".²⁷

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha considerado que una obligación de conducta en derecho internacional se determina como un deber de brindar los medios necesarios para alcanzar un objetivo específico. Para los estados, esto implicará la necesidad de adoptar las medidas necesarias con el fin de lograr un determinado resultado, para dar al Estado la suficiente flexibilidad con el fin de elegir cualquier medio de acuerdo con sus sistemas jurídicos.²⁸ Sin embargo, esta flexibilidad no debe entenderse como una limitación de la responsabilidad del Estado. Por el contrario, el hecho es que el Estado será responsable de la no consecución del resultado esperado. Por ejemplo, "la adopción de una ley, aunque pueda parecer contraria al resultado que se pretende alcanzar, no constituirá en realidad una infracción; lo que importa es si la legislación se aplica realmente".²⁹

²⁰ Jan Hessbruegge, "The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law", *Journal of International Law and Politics*, vol. 36 (2004), p. 265, citado por Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale (2017), p. 903.

²¹ United States v. Arjona, 120 U.S. 479 (1887), p. 120.

²² S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) N° 10 (7 de septiembre), párr. 269.

²³ Caso del canal de Corfú (Reino Unido contra Albania), Méritos (1949), Corte Internacional de Justicia (CIJ) Rep 22.

²⁴ Ibid.

²⁵ Fábricas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina contra Uruguay), Méritos (2010), CIJ, párr. 101.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibidem, párr. 187.

²⁸ James Crawford, Second Report on State Responsibility, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Doc. de Naciones Unidas, A/CN.4/498 y Add.1-4 (1999).

²⁹ Ibid, párr. 53.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés) reconoce que la obligación de los estados de proteger los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales

"conlleva el deber positivo de adoptar un marco jurídico que exija a las entidades empresariales que ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de violación de los derechos del Pacto, evitar que se abuse de tales derechos y rendir cuentas por los efectos negativos que sus decisiones y operaciones, y aquellas de las entidades que controlan, causen o contribuyan a causar en el disfrute de los derechos del Pacto."³⁰ (énfasis añadido)

De acuerdo con la interpretación general de la obligación de diligencia debida, estas obligaciones deben incluir "medidas como la imposición de requisitos de diligencia debida para evitar abusos de los derechos del Pacto en la cadena de suministro de una entidad empresarial y por parte de subcontratistas, proveedores, franquiciados u otros socios comerciales".³¹

Por último, es necesario considerar que el principio de diligencia debida no puede entenderse como una obligación autónoma de los estados, sino como una norma secundaria (*norma de conducta*) vinculada a una norma u obligación primaria (*el resultado*). Por lo tanto, el deber de diligencia debida no puede entenderse como un concepto autónomo, sino que requiere "(a) [...] norma, derecho o principio primario existente (denominados colectivamente 'normas primarias'); o (b) contenido de normas de derecho convencional o consuetudinario (normas que pueden o no hacer referencia explícita a la diligencia debida)".³² El deber de diligencia debida no puede interpretarse de forma aislada y requiere resultados claramente identificados para establecer una obligación de conducta.

1.3. La diligencia debida en materia de derechos humanos en los UNGP

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (UNGP, por sus siglas en inglés) fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras comerciales, el profesor John Ruggie. El Consejo de Derechos Humanos avaló los UNGP en la resolución 17/4 de 16 de junio de 2011.³³ Según el Representante Especial, los UNGP constan de tres pilares diferentes:

"El primero es el deber del Estado de proteger contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas, mediante políticas, regulación y adjudicación adecuadas. El segundo es la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, lo que significa que las empresas deben actuar con la diligencia debida para evitar infringir los derechos de los demás y hacer frente a los impactos adversos con los que están implicadas. El tercero es la necesidad de un mayor acceso de las víctimas a una reparación efectiva, tanto judicial como extrajudicial. Cada pilar es un componente esencial de un sistema

³⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, Doc. de las Naciones Unidas E/C.12/GC/24 (2017), párr. 16.

³¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, Doc. de las Naciones Unidas E/C.12/GC/24 (2017), párr. 16.

³² Neil McDonald, "The Role of Due Diligence in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68 (2019), p. 1044.

³³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución A/HRC/RES/17/4 de 6 de julio de 2011. Disponible en <https://undocs.org/en/A/HRC/RES/17/4> (consultado el 8 de octubre de 2021).

interrelacionado y dinámico de medidas preventivas y correctoras [...]”³⁴ (el subrayado es nuestro)

Para el profesor Ruggie, los UNGP son "una plataforma normativa global común y una guía política autorizada"³⁵ que puede servir de base para desarrollos a largo plazo. Los UNGP reconocen que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y que "deben evitar infringir los derechos humanos de los demás y deben abordar los impactos adversos sobre los derechos humanos en los que estén implicadas".³⁶

El comentario sobre el UNGP 11 aclara que "abordar los impactos adversos sobre los derechos humanos requiere tomar medidas adecuadas para su prevención, mitigación y, en su caso, la remediación"³⁷ de dichos efectos adversos. El papel que pueden desempeñar las empresas privadas en el disfrute de los derechos humanos ha formado parte del desarrollo del derecho internacional, en particular si se tiene en cuenta que

*"el desarrollo del derecho internacional se ha visto influido por las exigencias de la vida internacional, y el aumento progresivo de las **actividades colectivas de los estados ya ha dado lugar a casos de acción en el plano internacional por parte de ciertas entidades que no son estados.**"³⁸ (énfasis añadido)*

Del mismo modo, según el Principio 13 de los UNGP, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos implica la obligación de evitar "[...] causar o contribuir a **causar consecuencias negativas sobre los derechos humanos** con sus propias actividades, y **hacer frente a esas consecuencias** cuando se produzcan" y "[procurar] **prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos** que estén directamente vinculadas a sus operaciones, productos o servicios por sus relaciones comerciales, **aun cuando no hayan contribuido a causar esas consecuencias**" (énfasis añadido). La obligación de prevenir o mitigar los impactos adversos sobre los derechos humanos de las empresas se desarrolla con más detalle en los Principios 17 a 21, que definen los parámetros y componentes de los requisitos de HRDD para las empresas.

El objetivo de estos principios era establecer un proceso de "investigación y control"³⁹ por parte de las empresas. Los HRDD, en virtud de los UNGP, se establecen como un conjunto de procedimientos interrelacionados que alcanzan el objetivo final de mitigar y remediar cualquier impacto adverso sobre los derechos humanos. En primer lugar, las empresas deben identificar y evaluar cualquier riesgo real o potencial para los titulares de derechos en sus operaciones, productos o servicios y relaciones comerciales.⁴⁰ La evaluación de estos riesgos debe tenerse en cuenta desde el principio de cualquier operación o relación, por ejemplo incluyendo disposiciones sobre HRDD en los contratos o acuerdos de servicios y dando prioridad a las evaluaciones de HRDD en contextos o sectores de alto riesgo.⁴¹

³⁴ John Gerard Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Norton Global Ethics Series (W. W. Norton & Company, 2013), p. 82. Edición Kindle.

³⁵ *Ibid.*, p. 81.

³⁶ UNGPs, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc. de Naciones Unidas A/HRC/17/31, Principio 11, citado por Daniel Uribe y Danish, *Designing a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights* (Ginebra, South Centre, 2020), p. 8. Disponible en <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2020/07/Designing-an-International-Legally-Binding-Instrument-on-Business-and-Human-Rights-REV.pdf> (consultado el 8 de octubre de 2021).

³⁷ Véase https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf página 14.

³⁸ Corte Internacional de Justicia, Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, Informes de la CIJ 1949, p. 178 citado por Uribe y Danish (2020).

³⁹ Bonnitcha y McCorquodale (2017), p. 908.

⁴⁰ UNGPs, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc. de Naciones Unidas A/HRC/17/31), Principios 17 - 18 y comentario.

⁴¹ *Ibid.*

El segundo paso requiere la integración de estas conclusiones en las funciones y procesos internos de las empresas, y la adopción de medidas oportunas para hacer frente a cualquier repercusión sobre los titulares de derechos.⁴² Los UNGP consideran que "tomar las medidas apropiadas" no se limita a establecer procedimientos internos en la empresa, sino a adoptar **"las medidas necesarias para poner fin o impedir su contribución y [...] mitigar en la mayor medida posible cualquier impacto restante"**⁴³ (el subrayado es nuestro). Estas medidas también incluirán la necesidad de reparar los daños causados por prácticas ilícitas de las empresas. Por último, las empresas deben rendir cuentas de "cómo abordan sus impactos sobre los derechos humanos",⁴⁴ y exigir que se "demuestre" el compromiso de las empresas con el respeto de los derechos humanos. Demostrar su compromiso "implica comunicación, al proporcionar una medida de transparencia y responsabilidad a las personas o grupos que puedan verse afectados y a otras partes interesadas pertinentes, incluidos los inversores."⁴⁵

La inclusión de los requisitos de los HRDD en los UNGP es un paso adelante en la identificación de las responsabilidades de las empresas con respecto a los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a los mecanismos de prevención. No obstante, el hecho de que no se identifiquen obligaciones de resultado en los UNGP puede sugerir la idea errónea de que el deber de las empresas de "respetar" los derechos humanos se cumple una vez que han internalizado los procesos de HRDD en sus operaciones, lo que lleva a considerar erróneamente los procedimientos de HRDD como "[ejercicios de marcar casillas] que permiten a las empresas afirmar que cumplen con *sus obligaciones en materia de derechos humanos*,"⁴⁶ incluso si sus operaciones, o las de sus relaciones comerciales, producen impactos adversos sobre los derechos humanos.

Por lo tanto, avanzar hacia la unión de los componentes esenciales de los requisitos de diligencia debida incluidos en los principios operativos del segundo pilar de los UNGP, por un lado, y el lenguaje obligatorio de la práctica de los estados, por otro lado⁴⁷, podría apoyar la aplicación de la HRDD como norma de conducta que establezca la responsabilidad de las empresas de "los efectos negativos sobre los derechos humanos que se deriven de su falta de diligencia razonable".⁴⁸

⁴² UNGP, Principio 19 y comentario.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ UNGP, Principio 21 y comentario.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Bonnitcho y McCorquodale (2017), p. 910.

⁴⁷ Uribe y Danish (2020).

⁴⁸ Bonnitcho y McCorquodale (2017), p. 911.

2. EVOLUCIÓN ACTUAL DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El avance desde la diligencia debida en materia de derechos humanos en los UNGP hasta su aplicación en la legislación nacional podría reforzar el componente "preventivo" de la diligencia debida en materia de derechos humanos antes de que se cometa cualquier violación y abordar la reparación después de que se produzca el daño a través de mecanismos de reclamación basados en el Estado (recursos judiciales o no judiciales).⁴⁹

Las prácticas empresariales en todo el mundo se han diseñado comúnmente para configurar la responsabilidad social de las empresas (RSE) como contribuciones voluntarias de las empresas a la sociedad. Las iniciativas de RSE se han utilizado habitualmente para dotar a las empresas y corporaciones de un "papel social", pero dependiente de la discreción de los ejecutivos de las empresas y utilizado ocasionalmente como estrategia de mercadotecnia para limitar los riesgos de reputación o lograr legitimidad social.⁵⁰ Sin embargo, el carácter voluntario de las iniciativas de RSE no garantiza ni el acceso a la justicia para las víctimas ni la responsabilidad corporativa de las empresas.

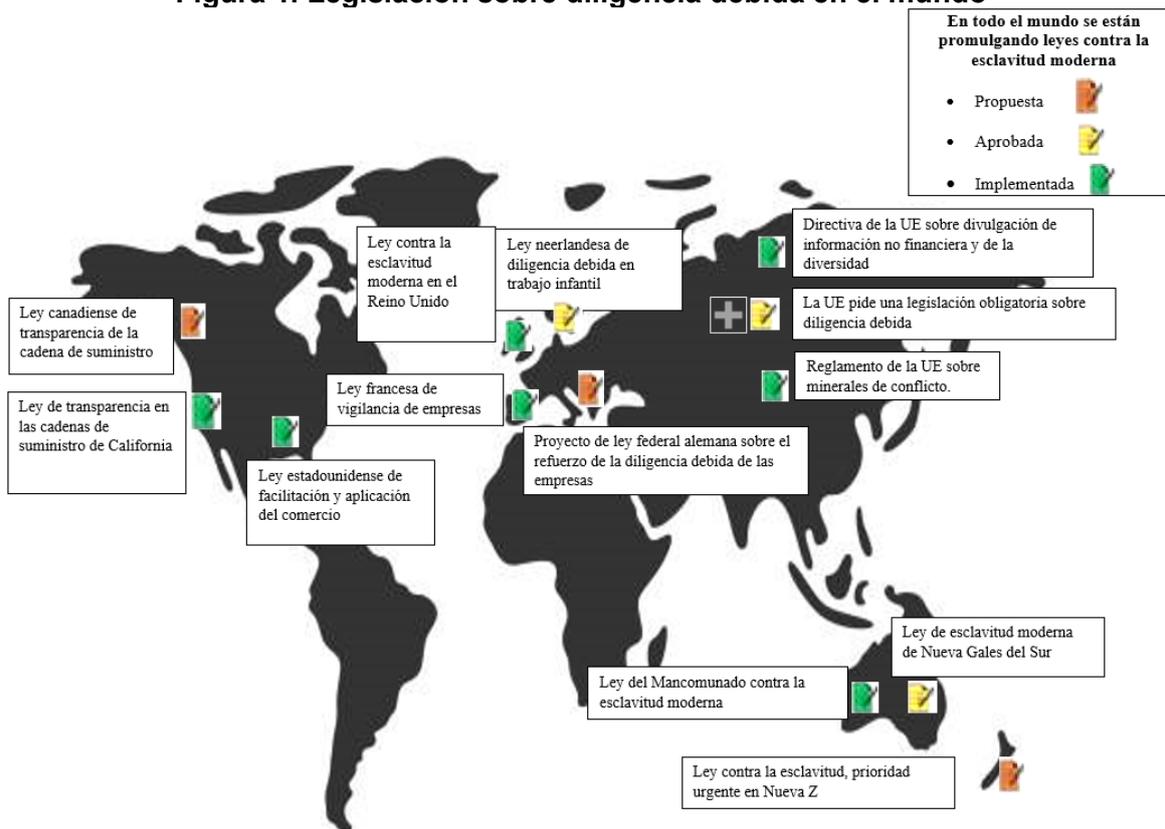
Además, los HRDD no obligatorios se han aplicado con escaso interés por parte de las empresas. Un estudio elaborado para la Comisión Europea en 2020, en el que se analizaban las prácticas de las empresas en la Unión Europea (UE), puso de relieve que solo el 37,14 % de las empresas que respondieron al estudio han incluido procedimientos de diligencia debida que tengan en cuenta todos los impactos sobre los derechos humanos y el medio ambiente.⁵¹ La falta de compromiso del sector empresarial con los HRDD ha incrementado la tendencia de la legislación estatal a exigir a las empresas la diligencia debida obligatoria, incluida una posible directiva de la UE sobre gobierno corporativo sostenible (véase la Figura 1). La siguiente sección repasa algunos ejemplos de esta nueva "tendencia".

⁴⁹ Uribe y Danish (2020).

⁵⁰ Başak Bağlayan, Ingrid Landau, Marisa McVey y Kebene Wodajo, *Good Business: The Economic Case for Protecting Human Rights* (Ginebra, Young Researcher Summit, Frank Bold e International Corporate Accountability Roundtable, 2018), p. 15, citado en Uribe y Danish (2020).

⁵¹ Lise Smit, Claire Bright y otros, *Study on Due Diligence Requirements through the Supply Chains*, Comisión Europea (2020). Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1> (consultado el 10 de octubre de 2021). Véase también: Adriana Espinosa González, Alejandro García Esteban, Christopher Patz y otros, *Debating Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation: a Reality Check* (Coalición Europea por la Justicia Corporativa y CORE, 2020). Disponible en <http://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2021/03/debating-mhrdd-legislation-a-reality-check.pdf> (consultado el 10 de octubre de 2021).

Figura 1. Legislación sobre diligencia debida en el mundo



Fuente: EDGE⁵²

2.1 La experiencia europea

La Unión Europea adoptó en 2014 la **Directiva 2014/95/UE**⁵³ (Directiva) relativa a la divulgación de información no financiera y sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y grupos. Según la Directiva, el objetivo es exigir a algunas **grandes empresas "que divulguen en su informe de gestión información sobre políticas, riesgos y resultados en materia medioambiental, aspectos sociales y laborales, respeto de los derechos humanos, lucha contra la corrupción y el soborno, y diversidad en su consejo de administración"** (el subrayado es nuestro).

Según el texto adoptado de la Directiva, la obligación de divulgar información no financiera debe incluir:

- Una breve descripción del modelo de negocio de la empresa;
- Una descripción de las políticas seguidas por la empresa en relación con esas cuestiones, incluidos los procesos de diligencia debida aplicados;
- El resultado de esas políticas;

⁵² EDGE, "Supply chain due diligence: the new normal?" Disponible en <https://edgeenvironment.com/supply-chain-due-diligence-the-new-normal/> (consultado el 10 de octubre de 2021).

⁵³ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095&from=FI> (consultado el 10 de octubre de 2021).

- (d) Los principales riesgos relacionados con aquellas cuestiones vinculadas a las actividades de la empresa, incluidos, cuando sean pertinentes y proporcionados, sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan causar efectos adversos en esos ámbitos, y la forma en que la empresa gestiona dichos riesgos; y
- (e) Indicadores clave de resultados no financieros pertinentes para la empresa en cuestión.

La Directiva solo es aplicable a "[l]as grandes empresas que sean entidades de interés público que superen la media de 500 empleados durante ese ejercicio". Esto significa que tales requisitos solo son aplicables a las **grandes entidades de interés público**, mientras que las pequeñas y medianas empresas no tendrán nuevos requisitos que cumplir. Esto podría implicar que "solo una de cada siete grandes empresas estará obligada a informar" sobre cuestiones no financieras, lo que es mucho menos que las 6.000 empresas consideradas por la Unión Europea.⁵⁴

La Directiva no contemplaba la introducción de ningún requisito sobre la aplicación del HRDD para las empresas de la UE, ni identificaba ninguna acción o medida para prevenir los "impactos" sobre los derechos humanos por parte de las corporaciones empresariales. No obstante, la Comisión Europea creó el Grupo de Expertos de Alto Nivel de la Comisión Europea sobre Finanzas Sostenibles (HLEG, por sus siglas en inglés) con el objetivo de apoyar el desarrollo de una hoja de ruta global y exhaustiva de la UE sobre finanzas sostenibles. El HLEG recomendó a la Comisión Europea que identificara "indicadores clave de rendimiento para los factores sociales que se utilizarán como parte de los requisitos para integrar los aspectos ASG [(medioambientales, sociales y de gobernanza)] y las evaluaciones de riesgo en diferentes actos legislativos de la UE".⁵⁵

La Comisión Europea publicó un Plan de Acción derivado de las recomendaciones del HLEG sobre la financiación del crecimiento sostenible (Plan de Acción).⁵⁶ La acción 10 del Plan de Acción consideraba la posible necesidad de "exigir a los consejos de administración de las empresas que **desarrollen y hagan pública una estrategia de sostenibilidad, que incluya una diligencia debida adecuada en toda la cadena de suministro** y objetivos de sostenibilidad medibles" (énfasis añadido).⁵⁷ Como resultado del Plan de Acción, la Comisión de la UE encargó un estudio sobre los requisitos de diligencia debida a través de la cadena de suministro (el Estudio).⁵⁸ El Estudio también se basaba en el Informe sobre Finanzas Sostenibles, elaborado por el Parlamento Europeo,⁵⁹ en el que se pedía a la Comisión que presentara una propuesta sobre un "**marco general y obligatorio de diligencia debida que incluya un deber de diligencia** que se introduzca progresivamente dentro de un periodo transitorio y tome en cuenta el principio de proporcionalidad" (el subrayado es nuestro).⁶⁰

El Estudio analizó diferentes opciones normativas a escala de la UE para la inclusión de la HRDD en la legislación comunitaria. El Estudio planteaba un conjunto de 4 opciones diferentes (véase el Recuadro 1), incluida la posibilidad de establecer una "nueva normativa

⁵⁴ Jerome Chaplier, "EU To Force Large Companies To Report On Environmental And Social Impacts", *The Guardian*, 28 de febrero de 2014. Disponible en <http://www.theguardian.com/sustainable-business/eu-reform-listed-companies-report-environmental-social-impact> (consultado el 22 de septiembre de 2015).

⁵⁵ Grupo de Expertos de Alto Nivel de la Unión Europea sobre Finanzas Sostenibles, *Financing a Sustainable European Economy*, Informe final (2018). Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/180131-sustainable-finance-final-report_en.pdf (consultado el 11 de octubre de 2021).

⁵⁶ Comisión Europea, Plan de acción: Financiación del crecimiento sostenible (2018). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0097&from=EN> (consultado el 11 de octubre de 2021)

⁵⁷ *Ibid.*, p. 11.

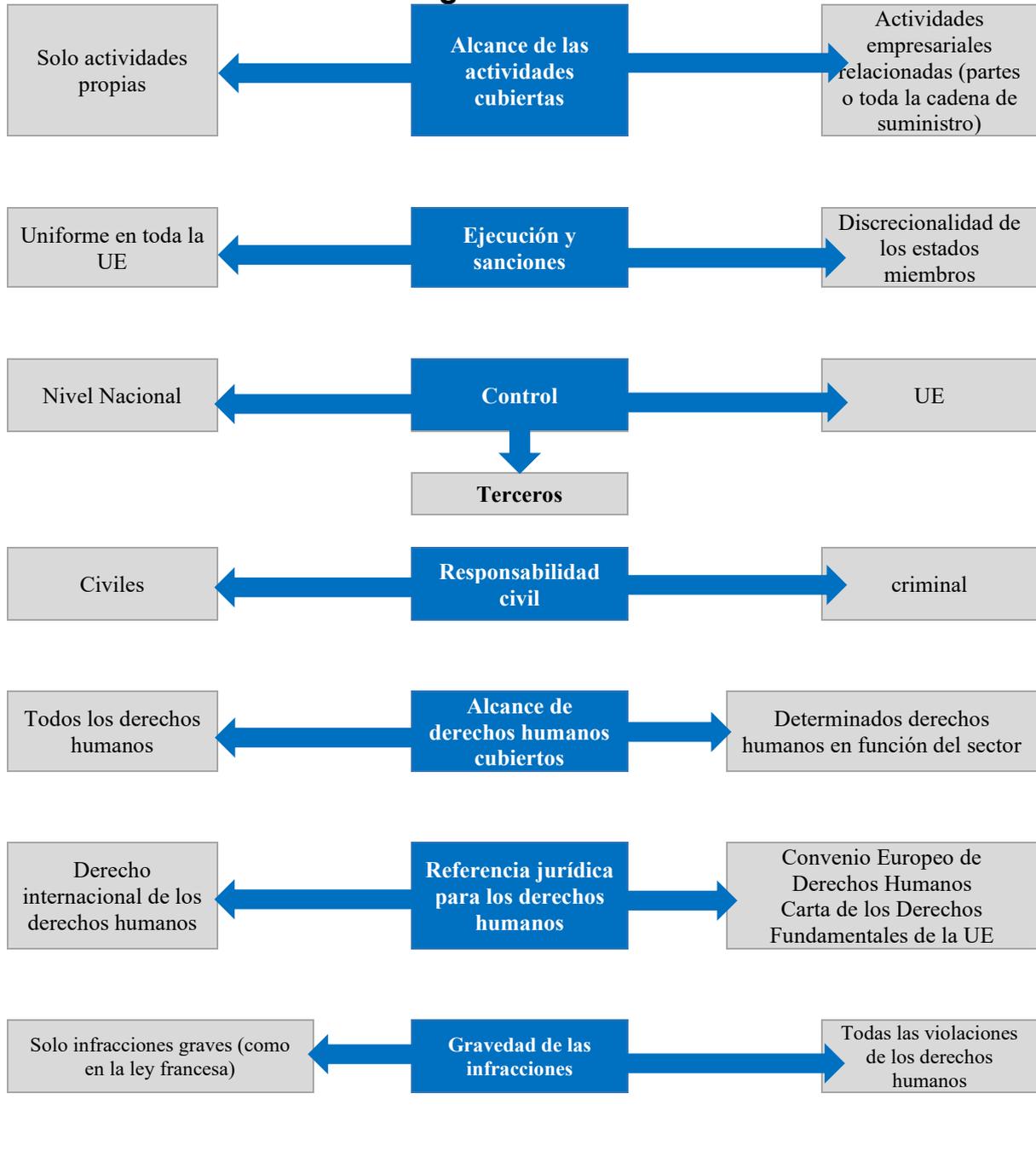
⁵⁸ Smit, Bright y otros (2020).

⁵⁹ European Parliament Report on Sustainable Finance (2018/2007(INI)), 4 de mayo, 2018. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0164_EN.html (consultado el 13 de octubre de 2021).

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 6

que exija la diligencia debida obligatoria como deber jurídico de diligencia".⁶¹ Según el Estudio, para establecer ese deber de diligencia, debe exigirse a la empresa que establezca un nivel de diligencia debida en función de las circunstancias y contextos particulares, incluida la necesidad de "identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de los impactos reales o potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones y cadena de suministro o de valor"⁶² (el subrayado es nuestro).

Figura 2- Opciones para posible legislación comunit. sobre diligencia debida



⁶¹ Smit, Bright y otros (2020), p. 20.

⁶² Ibid.



Fuente: Reunión informativa del Parlamento Europeo: Hacia un sistema obligatorio de diligencia debida en la UE para las cadenas de suministro

La cuarta opción incluida en el Estudio consideraba el desarrollo de requisitos obligatorios de diligencia debida que se basarían en un deber legal de diligencia. Dicho reconocimiento podría significar apartarse del enfoque de "mero cumplimiento de los requisitos formales"⁶³ incluido en la opción de información sobre diligencia debida (directiva sobre información no financiera), para pasar a una obligación más sustancial basada en una norma jurídica de diligencia dirigida de promover "el cumplimiento de todas las obligaciones pertinentes en virtud de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y **garantizar la coherencia de las políticas internas y externas de la UE en el ámbito de los derechos humanos y laborales**"⁶⁴ (el subrayado es nuestro). No obstante, la Comisión está estudiando la posibilidad de dar flexibilidad a las empresas al tomar en cuenta el sector de actividad, el tamaño y el tipo de empresa (véase el gráfico 2).

A raíz del Estudio, el Parlamento de la UE subrayó que "la **diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente son** condiciones necesarias para **prevenir y mitigar futuras crisis** y garantizar cadenas de valor sostenibles"⁶⁵ (el subrayado es nuestro). La Comisión Europea publicó una Evaluación de Impacto Inicial (la Evaluación), como procedimiento de seguimiento de las consultas organizadas sobre la mejora del marco normativo de la UE en materia de derecho de sociedades y gobernanza empresarial. La Comisión observó que algunos estados miembros de la UE ya han establecido legislación sobre gobernanza empresarial, pero destacó que "es poco probable que la actuación de los estados por sí sola sea suficiente y eficaz, ya que los problemas de sostenibilidad son de dimensión mundial y tienen efectos transfronterizos (cambio climático, contaminación)",⁶⁶ y mencionó que "la mayoría de [...] las empresas encuestadas (en su mayoría grandes) esperan beneficios económicos significativos o muy significativos derivados de un deber de diligencia debida empresarial".⁶⁷ La adopción de la iniciativa por la Comisión de la UE

Recuadro 1. Opciones normativas para los HRDD en Europa

Opción 1. Sin cambios políticos (escenario de referencia) - Sin cambios en la actual normativa de la UE

Opción 2. Nuevas directrices voluntarias - No son jurídicamente exigibles, pero pueden influir en la conducta de las empresas

Opción 3. Informes de diligencia debida - Información más detallada y transparencia exigida a la directiva sobre informes no financieros

Opción 4. Diligencia debida obligatoria - Exigir a las empresas que lleven a cabo la diligencia debida como deber legal de diligencia

Fuente: Comisión Europea (2020)

⁶³ Juliette Renaud, Françoise Quairrel y otros, eds., *The Law on Duty of Vigilance of Parent and Outsourcing Companies. Year 1: Companies must do Better* (ActionAid, Amigos de la Tierra, entre otros, 2019), p. 9. Disponible en https://media.business-humanrights.org/media/documents/Companies-Must-Do-Better_IZFW9PA.pdf (consultado el 17 de octubre de 2021).

⁶⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁶⁵ Parlamento Europeo, Resolución sobre la acción coordinada de la UE para combatir la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias, Res P9_TA(2020)0054 (2020), párrafo. 68.

⁶⁶ Comisión Europea, Inception Impact assessment, Ref. Ares(2020)4034032 (julio de 2020), p. 2.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 4.

está pendiente para el cuarto trimestre de 2021, posiblemente prevista para el 27 de octubre de 2021 (véase el recuadro 1).⁶⁸

2.2 Sección 1502 de Estados Unidos de la Ley Dodd-Frank (2010)

La Comisión del Mercado de Valores de Estados Unidos (SEC) hizo una reforma de la Ley de protección del consumidor, y exigió a varias empresas que cotizan en bolsa que revelen el uso de "minerales de conflicto" en sus productos.⁶⁹ La adopción de la ley respondió a la necesidad de conocer el origen de ciertos minerales que podrían ser explotados y comercializados por grupos armados en determinados países y, por tanto, contribuir a financiar conflictos armados.⁷⁰

La norma solo se aplica a un número limitado de minerales (tantalio, oro y wolframio) y a las empresas que presentan informes a la SEC en virtud de la Ley de bolsas de valores. Por último, solo las empresas que utilizan esos minerales porque son "necesarios para la funcionalidad o la producción" de un producto fabricado por la empresa, incluidos los que se contratan, están obligadas a hacer esa revelación. Según la SEC, se contrata a una empresa para fabricar un producto si:

- Coloca su marca, marcas, logotipo o etiqueta en un producto genérico fabricado por un tercero.
- Atiende, mantiene o repara un producto fabricado por terceros.
- Especifica o negocia condiciones contractuales con un fabricante que no están directamente relacionadas con la fabricación del producto.

El requisito de divulgación debería seguir un enfoque similar al de los HRDD, de realizar a sabiendas "una investigación razonable del 'país de origen' [...] efectuada de buena fe y estar razonablemente diseñada para determinar si alguno de sus minerales procede de los países cubiertos",⁷¹ incluyendo una descripción de los productos fabricados, la entidad que llevó a cabo la auditoría independiente del sector privado, las instalaciones utilizadas para procesar los minerales, el país de origen de los minerales y los esfuerzos para determinar la mina o ubicación de origen con la mayor especificidad posible.⁷²

Si la empresa tiene razones para creer, o sabe, que los minerales proceden de zonas de conflicto, o pueden ser chatarra de fuentes recicladas, la empresa debe "ejercer la diligencia debida sobre el origen y la cadena de custodia de dichos minerales" y hacer pública esa información. Sin embargo, la Ley Dodd-Frank no reconoce la responsabilidad de las empresas que utilizan esos minerales, solo impone requisitos de información.⁷³

Es importante señalar que la Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno de los Estados Unidos ha reconocido que el porcentaje de empresas capaces de determinar el país de origen se ha reducido significativamente desde 2015, y solo el diecisiete por ciento (17 %) de las empresas obligadas a aplicar la diligencia debida han determinado el origen de los minerales

⁶⁸ Eliza Casazza, "EU Due Diligence Law Proposal Delayed", *CSR Europe*, 31 de agosto de 2021. Disponible en <https://www.csreurope.org/newsbundle-articles/eu-due-diligence-law-proposal-delayed> (consultado el 15 de octubre de 2021).

⁶⁹ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 2010 (Dodd-Frank Act), PL 111-203, s. 1502(p), I.A (i). Disponible en https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@swaps/documents/file/hr4173_enrolledbill.pdf (consultado el 17 de octubre de 2021).

⁷⁰ U.S. Securities and Exchange Commission, *Disclosing the Use of Minerals, Fact Sheet (2012)*. Disponible en <https://www.sec.gov/opa/Article/2012-2012-163htm---related-materials.html> (consultado el 17 de octubre de 2021).

⁷¹ Comisión del Mercado de Valores de Estados Unidos (2012).

⁷² Dodd-Frank Act, art. 1502 I.A (i) (ii).

⁷³ Bonnitche y McCorquodale (2017), p. 908.

que utilizan en sus procesos de fabricación, sin que se sepa qué factores han contribuido a tal disminución.⁷⁴

2.3 La Ley contra la esclavitud moderna del Reino Unido (2015)

La Ley contra la esclavitud moderna (MSA, por sus siglas en inglés) del Reino Unido entró en vigor en octubre de 2015. El artículo 54 de la MSA obliga a las empresas a "preparar una declaración sobre la esclavitud y la trata de seres humanos para cada ejercicio financiero de la organización".⁷⁵ El objetivo de la MSA es garantizar que no se ha producido ni se está produciendo esclavitud ni trata de seres humanos en la cadena de suministro de una empresa, ni en sus propias operaciones. Es importante señalar que la MSA no establece ninguna medida que deba adoptarse, ni lo que debe incluir la declaración, solo exige que se reconozcan las medidas que ha adoptado una empresa para prevenir la esclavitud o la trata de seres humanos.

Aunque la MSA no establece cuál debe ser el contenido de la declaración, sí incluye ciertos requisitos para su validez. Por ejemplo, la subsección 6 exige que la declaración esté firmada por un ejecutivo de alto nivel de la empresa, normalmente serían la firma del director y la aprobación del consejo. El objetivo que subyace a la necesidad de esta firma es garantizar un nivel adecuado de apoyo por parte del consejo de administración y la alta dirección.⁷⁶ Del mismo modo, la subsección 7 establece la necesidad de publicar la declaración sobre esclavitud y trata de seres humanos en el sitio web de las empresas, o de facilitar una copia a quien la solicite en un plazo de 30 días a partir de dicha solicitud.⁷⁷

La MSA y sus directrices hacen referencia a los HRDD como uno de los elementos que pueden incluirse en la declaración.⁷⁸ El proceso de diligencia debida en relación con la esclavitud moderna exigirá "consultar a las partes interesadas que se vean potencial o



Fuente: PWC, Modern Slavery Compliance

realmente afectadas"⁷⁹ por las operaciones empresariales y en sus cadenas de suministro. Según la Guía elaborada por el Ministerio del Interior del Reino Unido, los procesos de diligencia debida deben ser: (1) proporcionales al riesgo de esclavitud moderna identificado, a la gravedad del riesgo y al nivel de influencia que pueda tener una empresa; y (2) basados en cualquier evaluación de riesgos más amplia que se haya realizado.

Un elemento importante a tener en cuenta es que el cuarenta y dos por

⁷⁴ Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno de Estados Unidos, Conflict Minerals: Actions Needed to Assess Progress Addressing Armed Groups' Exploitation of Minerals, Informe para las comisiones del Congreso (septiembre de 2020), p.18. Disponible en <https://www.gao.gov/assets/gao-20-595.pdf> (consultado el 16 de octubre de 2021).

⁷⁵ Reino Unido, Modern Slavery Act (2015 c. 30).

⁷⁶ Ver: Reino Unido, Modern Slavery Act (2015 c. 30), Notas explicativas, párr. 255. Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/notes/division/5/6/1>.

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 256.

⁷⁸ Reino Unido, Guidance issued under section 54(9) of the Modern Slavery Act 2015 (Ministerio del Interior, 2017). Disponible en

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/649906/Transparency_in_Supply_Chains_A_Practical_Guide_2017.pdf (consultado el 10 de octubre de 2021).

⁷⁹ *Ibid.*, p. 33.

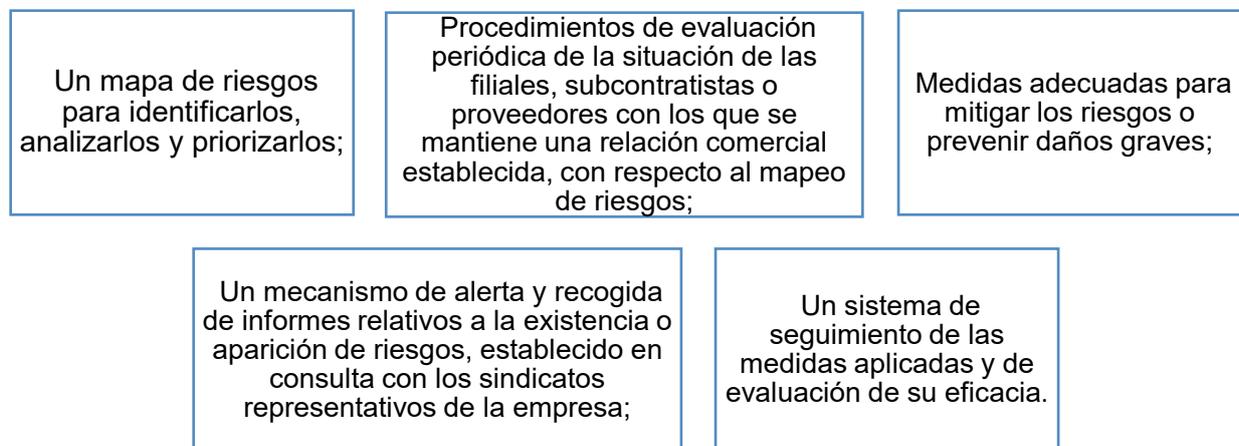
ciento (42 %) de las declaraciones presentadas en 2019 no son conformes, o no cumplen los requisitos legales establecidos en la MSA.⁸⁰ Del mismo modo, aun cuando el ochenta y ocho por ciento (88 %) de las empresas aplican la diligencia debida en su cadena de suministro, solo un pequeño porcentaje incluye procesos de diligencia debida más allá del segundo nivel de relaciones comerciales (véase la figura 3).⁸¹ El incumplimiento de la obligación de informar prevista en la MSA será motivo de un requerimiento judicial contra la empresa ante el Tribunal Superior, y de una posible multa ilimitada contra la empresa si su incumplimiento persiste.⁸²

2.4 La ley francesa sobre el deber de vigilancia (2017)

La Ley del deber de vigilancia fue aprobada por la Asamblea francesa en 2017.⁸³ La ley impone un deber de vigilancia a las empresas con más de 5.000 empleados en Francia o más de 10.000 en todo el mundo. Según el artículo 1, el deber de vigilancia debe incluir un proceso razonable de diligencia debida según sea necesario para identificar riesgos y prevenir violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, para proteger la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente. Estas medidas son aplicables a las propias operaciones de las empresas, directa e indirectamente, y a otras empresas que controlan, contratistas y empresas de su cadena de suministro.

Según la ley, las medidas destinadas a cumplir con el deber de vigilancia deben elaborarse junto con las posibles partes interesadas afectadas y contemplar una serie de elementos, entre ellos el mapeo de los riesgos identificados, las acciones apropiadas para mitigar esos riesgos o prevenirlos, y un mecanismo de seguimiento para evaluar la eficacia de tales medidas (véase la figura 4). Según la ley, las empresas serían responsables del incumplimiento de estas obligaciones y estarían obligadas a indemnizar por los daños que sus obligaciones hubieran evitado.

Figura 4. Elementos incluidos en el deber de vigilancia



Fuente: LEY número 2017-399 del 27 de marzo, 2017

El mecanismo de ejecución previsto en la citada ley francesa no exige que se produzca el daño para iniciar una reclamación. Más bien, la ley prevé un mecanismo de aplicación en dos fases que permite, por un lado, un requerimiento judicial para exigir el cumplimiento de la ley por parte de la empresa afectada, incluidas multas por omisiones, y, por otro, las empresas podrían ser consideradas responsables de los daños y perjuicios derivados de la omisión de aplicar un plan de vigilancia. Hasta la fecha, el mecanismo de ejecución se ha activado siete

⁸⁰ Ver: <https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/modern-slavery-health-check.pdf>.

⁸¹ Ver: <https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/modern-slavery-health-check.pdf>.

⁸² Guidance issued under section 54(9) of the Modern Slavery Act 2015, p. 6.

⁸³ Ley número 2017-399 de 27 de marzo de 2017 sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y ordenantes.

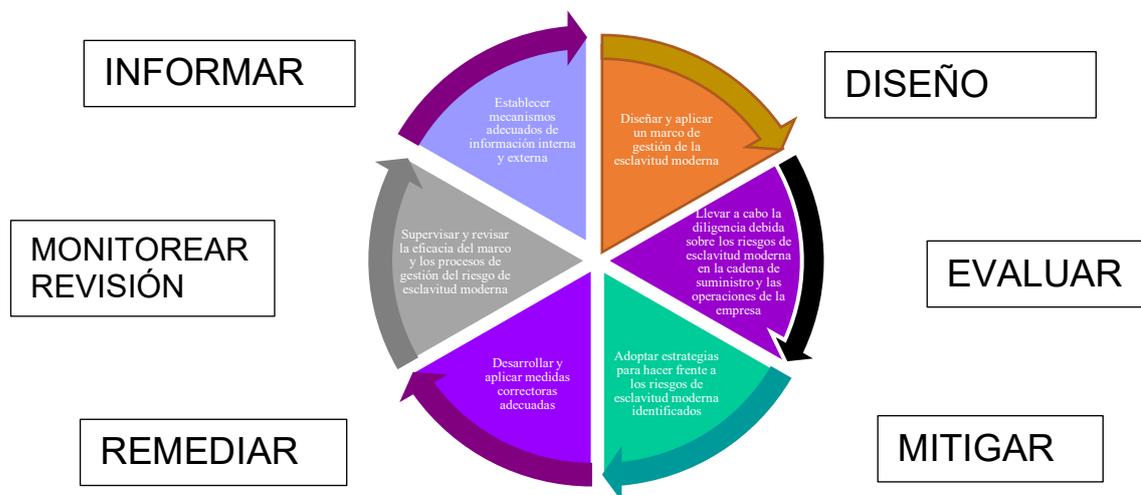
veces desde 2019, y tres de esos casos han llegado a los tribunales franceses.⁸⁴ No obstante, es importante tener en cuenta que la carga de la prueba sigue recayendo en los demandantes, que deberán satisfacer el elevado umbral del derecho de daños, incluida la prueba de la existencia de un nexo causal entre el daño y el incumplimiento del deber de vigilancia.⁸⁵

2.5 Ley del mancomunado sobre la esclavitud moderna (2018)

En 2018, el Parlamento australiano aprobó la Ley de esclavitud moderna (Ley MS)⁸⁶ que exige a determinadas empresas que operan en Australia que informen sobre las medidas adoptadas para abordar los riesgos de esclavitud moderna en sus operaciones y cadenas de suministro. Dicho informe debe incluir la estructura, las operaciones y las cadenas de suministro de la entidad informante, el riesgo de esclavitud moderna en dichas operaciones, las medidas adoptadas para evaluar y abordar esos riesgos, entre otros (véase la figura 5).⁸⁷

Si una empresa incumple estos requisitos, la Ley de MS permite al Ministro del Interior pedir explicaciones por el incumplimiento o emprender medidas correctoras específicas. La Ley de MS no reconoce responsabilidad civil por ningún daño que la empresa hubiera podido prever, y solo concede al Ministro del Interior la facultad de informar al Registro sobre la identidad de la empresa que incumplió la petición de explicación o de medidas correctoras, para hacer público su incumplimiento.

Figura 5. Requisitos según la ley de esclavitud moderna



Fuente: Norton Rose Fulbright (2020)

⁸⁴ Elsa Savourey y Stéphan Rabant, "The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since its Adoption", *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, n° 1 (2021), p. 149. Disponible en <https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/french-law-on-the-duty-of-vigilance-theoretical-and-practical-challenges-since-its-adoption/0398716B2E8530D9A9440EEB20DB7E07/share/5a7acbeec4fc717a9334d0ec87dbb2170bbac1ea> (consultado el 17 de octubre de 2021).

⁸⁵ Ibid., p. 152. Véase también: Renaud, Quairrel y otros, eds. (2019), p. 9.

⁸⁶ Modern Slavery Act 2018 (No. 153, 2018). Disponible en <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153> (consultado el 18 de octubre de 2021).

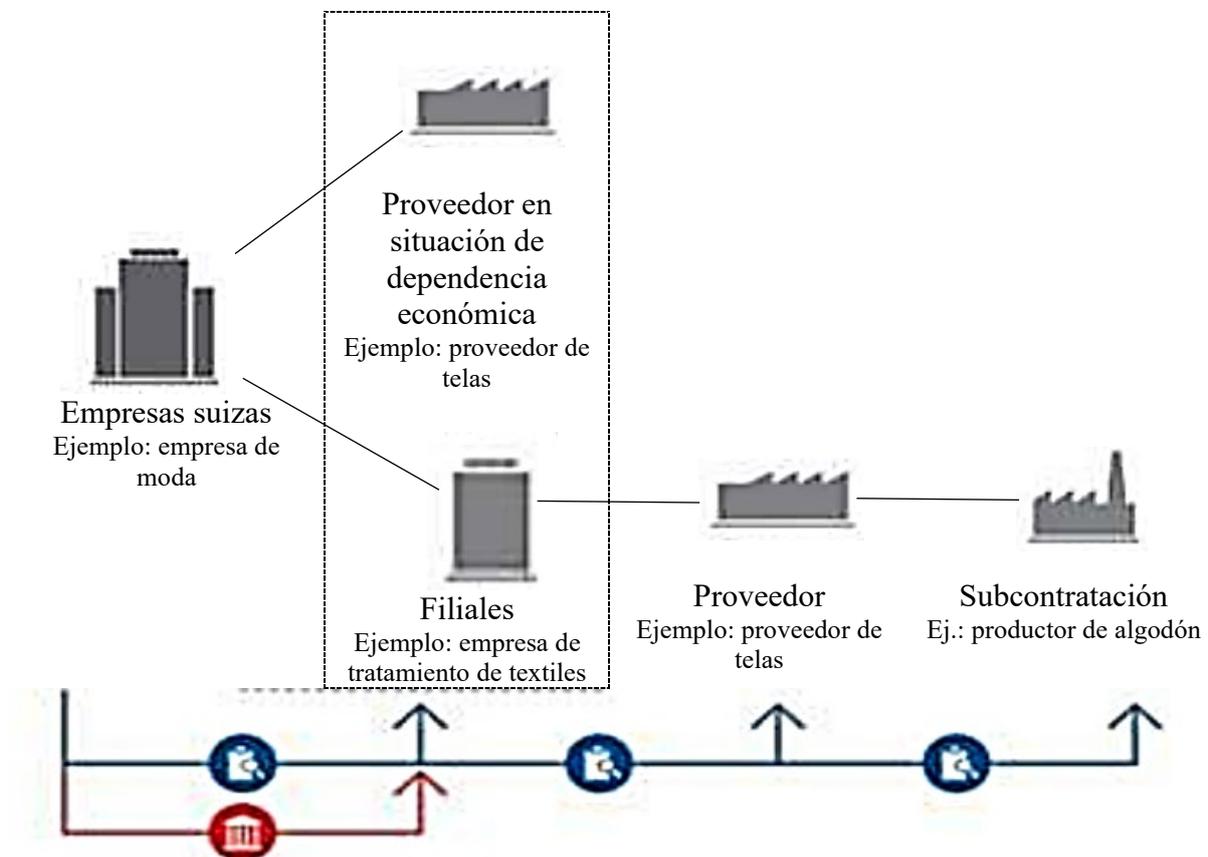
⁸⁷ Abigail McGregor, "Modern Slavery Act: What businesses in Australia need to know", Norton Rose Fulbright (2020). Disponible en <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/06a565ee/modern-slavery-act-what-businesses-in-australia-need-to-know> (consultado el 18 de octubre 2021).

2.6 Iniciativa empresarial responsable de Suiza (2020)

En noviembre de 2020, Suiza rechazó una iniciativa popular sobre Empresas responsables de la protección de los seres humanos y el medio ambiente (la Iniciativa).⁸⁸ La Iniciativa pretendía establecer una norma sobre el deber de diligencia de las empresas suizas, sus filiales, proveedores y socios comerciales. Dicha norma habría obligado a las empresas a supervisar sus operaciones y verificar si se respetan las normas de derechos humanos y medioambientales en el extranjero.

La Iniciativa incluía la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos y las normas medioambientales internacionales, así como de llevar a cabo la diligencia debida, incluyendo las siguientes medidas:

Figura 6. Principales elementos de la Iniciativa Popular Suiza



 Obligaciones: examen de diligencia relativo a empresas controladas y a todas las demás relaciones de negocios

⁸⁸ Consejo Federal Suizo, Initiative populaire " Entreprises responsables - pour protéger l'être humain et l'environnement " (2020). Disponible en <https://www.admin.ch/entreprises-responsables> (consultado el 19 de octubre de 2021).



Responsabilidad: para sociedades controladas, si las obligaciones no han sido cumplidas

Fuente: Consejo Federal Suizo (2020)

- Supervisar el cumplimiento de las normas medioambientales y de derechos humanos reconocidas internacionalmente en sus operaciones, mediante la identificación de los impactos reales y potenciales;
- Prevenir las repercusiones negativas y poner fin a cualquier infracción mediante las medidas oportunas,
- Informar periódicamente sobre el cumplimiento del deber de diligencia debida, incluidas todas las medidas adoptadas para reparar los daños o perjuicios.

La Iniciativa también reconocía la responsabilidad de las empresas por cualquier daño causado por sus propias operaciones, o por las empresas que controlan, a menos que puedan demostrar que han cumplido las obligaciones de diligencia debida. Un elemento importante a tener en cuenta es que se interpretó que el "control" abarcaba las actividades de sus propias filiales, así como las de los proveedores que dependen económicamente de la empresa suiza⁸⁹ (véase el gráfico 6).

Aunque la Iniciativa alcanzó el cincuenta por ciento (50 %) de los votos populares, no logró la mayoría de los votos cantonales, por lo que fue rechazada. El Parlamento suizo adoptó una contrapropuesta que también apoyó el Consejo Federal y que implicaba la reforma del Código de obligaciones del Código civil suizo. Dado que la Iniciativa Popular fue rechazada, entró en vigor la contrapropuesta, que contemplaba el ejercicio de medidas de diligencia debida y rendición de cuentas limitadas de las grandes empresas suizas bajo el título de Transparencia en asuntos no financieros.

Según la contrapropuesta, solo estarán sujetas a las obligaciones de esta las grandes empresas que declaren o controlen una plantilla de al menos quinientos (500) puestos de trabajo a tiempo completo y superen un balance total de veinte millones de francos suizos (20 millones de CHF), con un volumen de negocios total de cuarenta millones de francos suizos (40 millones de CHF) en dos ejercicios financieros consecutivos.

La obligación incluida en la nueva legislación se asemeja a aquella de informar establecida en el Deber de vigilancia francés y exige a las empresas suizas que informen sobre los riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente derivados de sus operaciones en el extranjero. Del mismo modo, la contrapropuesta incluye una disposición penal que prevé una multa de hasta cien mil francos suizos (100 000 CHF) por incumplimiento de las nuevas obligaciones de información, pero no incluye ninguna responsabilidad por daños o perjuicios causados por sus propias operaciones, o las de sus filiales o empresas bajo su control.

2.7 Ley alemana de diligencia debida en la cadena de suministro (2021)

El Plan nacional de acción sobre empresas y derechos humanos (PNA) de Alemania incorporó un mecanismo de seguimiento para evaluar su eficacia.⁹⁰ El PNA estableció la obligación de Alemania de realizar una encuesta para identificar el número de empresas que han introducido el elemento de diligencia debida incorporado en el PNA, incluyendo un

⁸⁹ Ibid., p. 10.

⁹⁰ República Federal de Alemania, National Action Plan: Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human rights 2016-2020 (Ministerio Federal de Asuntos Exteriores en nombre del Comité Interministerial sobre Empresas y Derechos Humanos, 2016). Disponible en <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2018/04/germany-national-action-plan-business-and-human-rights.pdf> (consultado el 18 de octubre de 2021).

análisis cualitativo de las medidas adoptadas y los retos encontrados durante su aplicación.⁹¹ El objetivo del estudio era determinar si "al menos el 50 % de todas las empresas con sede en Alemania y más de 500 empleados han incorporado a sus procesos empresariales los elementos de diligencia debida en materia de derechos humanos descritos en el capítulo III para 2020".⁹²

Como el objetivo del cincuenta por ciento (50 %) no se alcanzó en 2020, el Gobierno tuvo que concluir que el autocompromiso voluntario era insuficiente y que era necesaria una ley obligatoria de diligencia debida. Según dos encuestas voluntarias realizadas de acuerdo con el PNA, solo el veinte por ciento (20 %) de las empresas con más de quinientos (500) empleados había cumplido los requisitos del PNA.⁹³

Los Ministerios de Trabajo y Desarrollo alemanes presentaron los puntos clave de una ley de diligencia debida obligatoria en 2020, con el objetivo de aprobar la ley antes de agosto de 2020, pero la falta de acuerdo sobre ciertas cuestiones (principalmente la responsabilidad de las empresas alemanas) retrasó la aprobación de la nueva ley. En 2021, el Parlamento alemán aprobó la nueva Ley de diligencia debida en la cadena de suministro (la Ley alemana).

La Ley alemana entrará en vigor en dos fases. La primera entra en vigor en 2023, y exige a las empresas alemanas con más de tres mil empleados (3000) en Alemania o en filiales extranjeras que lleven a cabo la diligencia debida para identificar, evaluar, prevenir y remediar los riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente en sus cadenas de suministro. La segunda fase entra en vigor en 2024 y exige a las empresas con más de mil empleados (incluidas las extranjeras) que cumplan los requisitos de diligencia debida (véase el gráfico 7).

Figura 7. Requisitos de diligencia debida con arreglo a la legislación alemana

- Establecer un sistema de gestión de riesgos
- Designación de una o varias personas responsables en la empresa
- Realización periódica de análisis de riesgos
- Emisión de una declaración política
- Establecer medidas de prevención
- Establecimiento de un procedimiento de reclamación
- Cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida en relación con los riesgos de los proveedores indirectos
- Documentación e informes

Fuente: Ley de diligencia debida en la cadena de suministro

En caso de incumplimiento de las disposiciones de la ley, las empresas cubiertas por la misma podrían ser excluidas de la adjudicación de contratos públicos en el marco de procesos de contratación pública o recibir una multa administrativa de hasta el dos por ciento (2 %) de su facturación media global.

Tres elementos de la ley alemana son importantes y podemos destacar. El primero es que la Sección 2 (2) se refiere a la definición de riesgos para los derechos humanos, e incorpora una extensa lista de prohibiciones ejemplares que equivalen a riesgos, incluyendo la prohibición de trato desigual en el empleo, la prohibición de causar contaminación del agua y del aire, o el consumo excesivo de agua, la prohibición de desalojo, la prohibición del uso de fuerzas de seguridad para la protección de la empresa que pueda resultar en tortura y tratos

⁹¹ Ibid., p. 28.

⁹² Ibid.

⁹³ Dirk Seiler y Nathalie Isabelle Thorhauer, "Human rights compliance in Germany: Current steps towards a mandatory Human Rights Due Diligence Law", Corporate Crime Update - Germany, *Herbert Smith Freehills LLP*, 30 de noviembre de 2020. Disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9c8c9971-d0e6-4f1f-b3e5-ed867464ebe8> (consultado el 18 de octubre de 2021).

cruelles, inhumanos o degradantes, entre otros. La segunda es que la ley anexa una lista de Convenios y Tratados Internacionales incorporados a la definición de "posiciones jurídicas protegidas", al incorporar el contenido de tales instrumentos internacionales en una obligación directa para el estándar de diligencia de las empresas. Por último, incorpora un conjunto bastante detallado de criterios necesarios para cumplir los requisitos de la diligencia debida.

3. DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

En 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Resolución 26/9 para crear un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta (OEIGWG, por sus siglas en inglés) con el mandato de 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".⁹⁴ Parte de este reglamento exigía reforzar el pilar de la prevención como el principal del ILBI.⁹⁵

Aunque la necesidad de incluir ciertas normas sobre los HRDD en los ILBI parece haber sido una cuestión sin controversia en los debates en el OEIGWG, el alcance y la naturaleza de dichas normas parecen preocupar a algunas delegaciones y otras partes interesadas. Varios estados compartieron la opinión de que la naturaleza de los requisitos de los HRDD debería responder a un enfoque basado en una conducta esperada, más que en un resultado esperado, y debería construirse más cerca del espíritu de los UNGP.⁹⁶ Esta opinión se basaba en que las disposiciones sobre prevención parecían prescribir demasiado a las empresas, lo que podría sobrecargar a algunas de ellas, en particular a las pequeñas y medianas empresas.⁹⁷ Al mismo tiempo, en los debates del OEIGWG se consideró la necesidad de aclarar el lenguaje sobre prevención, incluida su vinculación con la responsabilidad y las sanciones penales en caso de incumplimiento.⁹⁸

Como se ha mencionado anteriormente, diferenciar entre obligaciones de conducta y aquellas de resultado es bastante importante, ya que aclarará cuál es la norma de conducta que se espera para lograr un resultado concreto. No obstante, el reto a la hora de redactar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos parece ser la necesidad de prescribir obligaciones de los estados que establezcan normas de conducta de las empresas, pero que al mismo tiempo detallen claramente un deber de diligencia con respecto a las operaciones empresariales.

El borrador del ILBI parece exigir la adopción de legislación nacional y mecanismos de aplicación nacionales para imponer los HRDD a todas las empresas como medio para respetar los derechos humanos y prevenir las violaciones de los mismos. La obligación legal de respetar los derechos humanos recae sobre todas las empresas como norma primaria, mientras que las obligaciones preventivas del proyecto del ILBI definen y describen las conductas necesarias para la consecución de tales objetivos. La siguiente sección considerará cómo se han definido estos elementos en el borrador del ILBI e identificará los puntos en común con la tendencia actual de los procesos obligatorios de los HRDD a nivel nacional para abordar las preocupaciones que consideran que el lenguaje sobre prevención

⁹⁴ Consejo de Derechos Humanos, Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, aprobado durante el vigésimo sexto período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/RES/26/9 (2014). Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/52/PDF/G1408252.pdf?OpenElement> (consultado el 19 de octubre de 2021).

⁹⁵ Report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Doc. de Naciones Unidas A/HRC/40/48 (2019).

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 55.

⁹⁷ *Ibidem*, párr. 63.

⁹⁸ Report on the fifth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Doc. de Naciones Unidas A/HRC/43/55 (2020), párrs. 60–61.

incorporado en el borrador del ILBI es extremadamente gravoso para cualquier requisito de diligencia debida.⁹⁹

3.1 Prevención en el Instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos basado en los UNGP

Los elementos de prevención incorporados en el proyecto del ILBI se incluyen en el artículo 6,¹⁰⁰ que exige a los estados parte que regulen las actividades de todas las empresas comerciales que se encuentren en su territorio, jurisdicción o bajo su control. Para alcanzar ese objetivo, el ILBI exige a los estados parte que adopten medidas jurídicas y políticas adecuadas para garantizar que las empresas respeten los derechos humanos internacionalmente reconocidos y prevengan y mitiguen los abusos contra los derechos humanos en todas sus actividades y relaciones comerciales.

El texto del ILBI parece seguir los enfoques tradicionales de la elaboración de normas internacionales, por el hecho de identificar directamente las obligaciones de los estados, en lugar de incluir obligaciones directas para los actores no estatales. No obstante, el objetivo del artículo 6 parece identificar el proceso que los estados parte exigen que lleven a cabo todas las empresas comerciales en sus jurisdicciones, y en el contexto de sus operaciones, al tomar en cuenta el tamaño y el riesgo real o verdadero sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Estos elementos parecen basarse en el texto de los UNGP en lo que respecta a los componentes esenciales del requisito de diligencia debida en materia de derechos humanos, al tiempo que dependen del contenido obligatorio que debe incluirse en las normativas nacionales para su aplicación. Desde esta perspectiva, el contenido incluido en el ILBI podría permitir aclarar la conducta que se espera de las empresas comerciales, al tiempo que deja suficiente flexibilidad a los estados para decidir las modalidades de tales obligaciones de acuerdo con sus leyes y prácticas nacionales.

En términos generales, la prevención en el marco del ILBI se esfuerza por seguir los cuatro componentes básicos identificados por este, que también están presentes en los Principios Rectores de la ONU. Esto incluye, en particular, la identificación y evaluación de cualquier riesgo real o potencial, la integración de estos resultados a través de medidas apropiadas para prevenir y mitigar tales riesgos, supervisar la eficacia de tales medidas, incluso al brindar recursos de reparación para tales violaciones, y ser responsables de "cómo abordan sus impactos sobre los derechos humanos".¹⁰¹ El artículo 6.3 del proyecto del ILBI incluye los siguientes elementos (énfasis añadido):

- a) **Identificar, evaluar y publicar** cualquier violación real o potencial de los derechos humanos que pueda derivarse de sus propias actividades empresariales o de sus relaciones comerciales;
- b) **Adoptar las medidas adecuadas** para evitar, prevenir y mitigar de manera efectiva los abusos reales o potenciales de los derechos humanos identificados que la empresa cause o a los que contribuya a través de sus propias actividades, o mediante entidades o actividades que controle o gestione, y adoptar medidas razonables y adecuadas para evitar o mitigar los abusos a los que esté directamente vinculada a través de sus relaciones comerciales;
- c) **Supervisar la eficacia** de sus medidas para prevenir y mitigar los abusos contra los derechos humanos, incluso en sus relaciones comerciales;

⁹⁹ Daniel Uribe, "Setting the pillars to enforce corporate human rights obligations stemming from international law", Policy Brief No. 56 (Ginebra, South Centre, 2018).

¹⁰⁰ Chair-Person Rapporteur OEIGWG, Third revised draft, Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2021). Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf> (consultado el 19 de octubre de 2021).

¹⁰¹ UNGP, Principio 21 y comentario.

- d) **Comunicar periódicamente** y de forma 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.

No obstante, se exige a los estados parte que dispongan de procedimientos nacionales eficaces para garantizar el cumplimiento de este artículo, incluso mediante medidas correctivas apropiadas para las empresas que incumplan estas disposiciones. La libertad dada por el contenido del ILBI parece reflejar las preocupaciones planteadas durante los debates en el OEIGWG y diseña una fórmula que permite a los estados decidir la regulación más adecuada de las empresas comerciales que operan en sus territorios, así como incluir cualquier otro elemento que resulte útil en el contexto de sus propias circunstancias nacionales.

3.2 El artículo 6 refleja una obligación de conducta, no una obligación de resultado

El artículo 6 del tercer borrador revisado del Instrumento jurídicamente vinculante contempla el deber de diligencia debida de las empresas en sus filiales, las empresas de su cadena de suministro y las comunidades en las que operan. El artículo 6.3. establece los componentes básicos para llevar a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos de conformidad con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos¹⁰², y la lista de medidas que sigue en el artículo 6.4. podría considerarse como los pasos necesarios para alcanzar dichos objetivos (resultados), más que como obligaciones en sí mismas.

Al identificar una lista de medidas que las empresas deberán adoptar para cumplir con su deber de diligencia debida, el tercer borrador revisado intenta alcanzar el objetivo de aclarar "la obligación de la empresa matriz de supervisar las actividades de su filial y de tratar de prevenir y mitigar los daños causados por sus relaciones comerciales".¹⁰³ El contenido detallado de las disposiciones ha dado lugar a un debate más amplio sobre la naturaleza de la diligencia debida en materia de derechos humanos, en particular sobre si se trata de una obligación de resultado o de una obligación de conducta.¹⁰⁴

No obstante, es importante señalar que el ILBI sigue los modelos anteriores establecidos por los Principios básicos de Basilea para una supervisión bancaria eficaz, que reconocen la obligación de los bancos de "contar con políticas, prácticas y procedimientos adecuados, incluidas normas estrictas de 'conozca a su cliente' (KYC, por sus siglas en inglés), que promuevan normas éticas y profesionales elevadas en el sector financiero e impidan que el banco sea utilizado, intencionadamente o no, por elementos delictivos",¹⁰⁵ e incluye una lista de métodos y requisitos necesarios para el cumplimiento de dicha normativa. Del mismo modo, el detallado conjunto de criterios necesarios para cumplir los requisitos de diligencia debida establecidos en la Ley alemana observa un planteamiento similar, ya que establece claramente una lista de medidas y acciones que son necesarias para cumplir los requisitos de diligencia debida de la legislación alemana.

Al tomar en cuenta que el objetivo de los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos implica el diseño y la aplicación de un conjunto de mecanismos para cumplir con un "deber de diligencia", los requisitos de diligencia debida en materia de

¹⁰² Identificar y evaluar cualquier violación real o potencial de los derechos humanos, tomar las medidas adecuadas para prevenirla y mitigarla, supervisar su cumplimiento y comunicar los resultados.

¹⁰³ Skinner, McCorquodale y De Schutter (2013), p. 30.

¹⁰⁴ Una obligación de resultado se refiere a la provisión del resultado prometido, una obligación de medios se centra en el deber de diligencia de una persona razonable para la prestación de un servicio.

¹⁰⁵ Ver: <https://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf>.

derechos humanos deben identificarse claramente con el fin de incorporar los procesos y las políticas internas necesarios en todas las operaciones empresariales para identificar y mitigar los daños, perjuicios o lesiones previsibles.¹⁰⁶ El cumplimiento del "deber de diligencia" podría incluir la obligación de realizar evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos antes de iniciar una inversión, el diseño y la aplicación de políticas internas de diligencia debida durante toda la conducta de la empresa, o requisitos de seguridad financiera para reparar los daños previsibles en caso de causar perjuicios o lesiones.

Por lo tanto, los requisitos detallados en las disposiciones relativas a las obligaciones de los HRDD no transforman la naturaleza de la diligencia debida desde una obligación de conducta hacia una obligación de resultado. Por el contrario, sirve como mecanismo para garantizar la transparencia y la certidumbre de la ley, incluidos sus efectos en caso de incumplimiento y establece claramente un vínculo con el deber de diligencia. Dada la flexibilidad incluida en el contenido del artículo 6 del proyecto de instrumento jurídicamente vinculante, podría considerarse que el artículo 6.4 establece una norma mínima, dejando a los estados la flexibilidad de incluir mecanismos más estrictos de los HRDD (véase la figura 8).

Figura 8. Entender la prevención en el ILBI

HRDD: "la obligación de la empresa matriz de supervisar las actividades de su filial y de tratar de prevenir y mitigar los daños causados por sus relaciones comerciales" (ICAR, CORE y ECCJ, 2013) - ¿Es una obligación de resultado o una obligación de conducta?

Obligaciones de conducta: pasos necesarios para alcanzar un resultado prometido. "Las medidas necesarias para poner fin o impedir su contribución y [...] mitigar en la mayor medida posible cualquier impacto restante " (UNGP, Principio 19 y comentario)

Deber de diligencia: "[...] *diligencia razonable para evitar actos u omisiones que razonablemente pueda preverse que causarán perjuicio a las personas que se vean tan estrecha y directamente afectadas por dicho acto que sería razonable tenerlas en cuenta al realizar dicho acto u omisión*".

El artículo 6.4 podría redactarse como sigue: "Las medidas razonables y apropiadas para prevenir y mitigar los abusos de los derechos humanos en la realización de actividades empresariales, incluso a través de sus relaciones comerciales, incluirán, entre otras, las siguientes: [mantener actualizada la lista de actividades]"

Fuente: South Centre (2021)

3.3 Encontrar puntos en común con la actual legislación nacional sobre los HRDD

La propuesta de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos es una respuesta a la falta de compromiso del sector empresarial con el respeto de los derechos humanos. La "tendencia" actual de requisitos obligatorios en materia de los HRDD a nivel nacional y regional parece responder a las mismas preocupaciones. Aunque la inclusión de un requisito de HRDD en la legislación nacional podría dar lugar a "la cristalización de normas de derecho internacional consuetudinario que reflejen"¹⁰⁷ la práctica de los estados, los diferentes criterios y normas incluidos en cada legislación siguen siendo

¹⁰⁶ Skinner, McCorquodale y De Schutter (2013), p. 30.

¹⁰⁷ Antony Crockett y Alisha Matthew, "UN Sharpens Draft Treaty on Business and Human Rights", *Herbert Smith and Freehills*, 31 de agosto de 2021. Disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2618fba4-f2d1-4d3e-b176-4b1f5ad08b33>.

demasiado incoherentes, sobre todo en lo que respecta a la responsabilidad y las sanciones por incumplimiento.

Aunque aún queda margen para el debate sobre los efectos de la HRDD, la práctica de los estados podría permitir identificar ciertos métodos que facilitan la adopción de normas obligatorias de HRDD en el ILBI. En primer lugar, la mayoría de las prácticas actuales han identificado la necesidad de llevar a cabo los cuatro componentes básicos identificados en los Principios Rectores de la ONU, que también se incluyen en el borrador revisado del ILBI.

En el caso de la propuesta europea, la ley francesa sobre el deber de vigilancia, las leyes suiza y alemana, y las leyes sobre la esclavitud moderna del Reino Unido y Australia, la obligación de informar está sujeta al deber de las empresas de diseñar un conjunto de políticas y mecanismos dirigidos a identificar y evaluar los riesgos en sus operaciones comerciales, con el objetivo de mitigar dichos riesgos o ponerles remedio, y de informar sobre la eficacia de dichas medidas. Como ya se ha mencionado, el borrador del Instrumento jurídicamente vinculante se basa en las mismas premisas, con el objetivo de establecer normas internacionales sobre los HRDD.

Las iniciativas nacionales han incluido criterios para identificar a las entidades empresariales que tendrán que cumplir los HRDD. Básicamente, los países han considerado el sector de las empresas (Ley Dodd-Frank de EE. UU.), o el número de empleados y la facturación total en un ejercicio fiscal determinado (UE, Francia, Reino Unido, Suiza, Alemania) como medios para limitar las obligaciones en virtud de su legislación. Esta diferencia tiene por objeto no sobrecargar a las pequeñas y medianas empresas, así como considerar el impacto que las grandes empresas tienen en el ejercicio de los derechos humanos y la protección del medio ambiente.

El ámbito de aplicación del borrador del Instrumento jurídicamente vinculante considera todas las actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, y ya no se refiere a todas las empresas comerciales. Esta reforma podría suponer el reconocimiento de la flexibilidad de los estados para establecer un umbral nacional para el cumplimiento de las obligaciones de las empresas en materia de los HRDD "proporcionales a su tamaño, al riesgo de abuso de los derechos humanos o a la naturaleza y el contexto de sus actividades y relaciones comerciales", siguiendo planteamientos similares a los de la Ley Dodd-Frank estadounidense, ya que la obligación de informar es aplicable a la actividad de uso de minerales de conflicto que sean "necesarios para la funcionalidad o fabricación" del producto final. No obstante, si se pretende tal flexibilidad, es necesario revisar el contenido de la disposición, ya que el artículo 6.1 se refiere a "todas las empresas comerciales".

Del mismo modo, la posibilidad de incluir diferentes umbrales y criterios para el cumplimiento de las obligaciones en materia de los HRDD no está exenta de problemas. Por ejemplo, la propuesta de la UE está pensada para aplicarse a empresas que superen los quinientos (500) empleados, la Ley francesa se aplica a empresas que superen los cinco mil (5.000) empleados a nivel nacional, y los diez mil empleados (10.000) a nivel mundial, y la Ley alemana también exige más de mil (1.000) empleados, lo que implicaría que casi el 99 % de todas las empresas de la Unión Europea quedarán excluidas de estos requisitos. Por lo tanto, sería importante que el instrumento jurídicamente vinculante pudiera servir como mecanismo para nivelar el terreno de juego y, en particular, reducir la disparidad de criterios entre países, con el objetivo de reforzar las disposiciones de los HRDD en todo el mundo.

Por último, el borrador del Instrumento jurídicamente vinculante parece abordar el "gran elefante en la habitación", al reconocer que, sin perjuicio de las disposiciones sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del artículo 8, los estados parte establecerán sanciones y medidas correctivas adecuadas en caso de incumplimiento. Dado que la responsabilidad y las sanciones son el "eslabón perdido" de las prácticas nacionales, el

Instrumento jurídicamente vinculante parece estar creando un estrecho nexo entre los daños derivados de las operaciones empresariales y la no adopción de todas las medidas razonables y adecuadas para prevenir, investigar y reparar las violaciones de los derechos humanos. No obstante, este objetivo podría alcanzarse mejor si se aclara el artículo 8.7, que trata de evitar la consideración de la no realización de los HRDD como responsabilidad objetiva.

CONCLUSIONES

La globalización permite que cada vez más empresas, independientemente de su escala y naturaleza, participen en cadenas de suministro transfronterizas. Al mismo tiempo, las actividades empresariales se desarrollan a un ritmo acelerado, lo que dificulta la evaluación de riesgos. Estos elementos pueden aumentar los riesgos y la incidencia de las violaciones de los derechos humanos derivadas de las actividades empresariales. Ante este panorama, distintos países han desarrollado intervenciones internas destinadas a responder a los retos derivados de estas actividades.

Aunque las intervenciones nacionales suponen un paso adelante para la adopción de normas jurídicamente vinculantes de responsabilidad empresarial, los criterios y modelos seguidos por cada estado podrían dar lugar a una fragmentación de las normas de reparación para las víctimas de abusos contra los derechos humanos en el contexto de las empresas y aumentar la incertidumbre sobre la responsabilidad de las empresas, al afectar también a la seguridad jurídica que necesitan las empresas para llevar a cabo sus operaciones.

La adopción de un Instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas y los derechos humanos podría aclarar esas normas internacionales dirigidas a prevenir los abusos de los derechos humanos por parte de las empresas, al tiempo que proporcionaría suficiente flexibilidad a los estados para enmarcar esas medidas en función de sus propias necesidades, realidades y tradiciones jurídicas. El ILBI podría servir como medio para nivelar el terreno de juego de las empresas y promover un marco inclusivo y transparente para la rendición de cuentas de las empresas y la protección de los derechos humanos.

DOCUMENTOS DE INVESTIGACIÓN RECIENTES DEL SOUTH CENTRE

No.	Fecha	Título	Autores
91	Febrero de 2019	Key Issues for BAPA+40: South-South Cooperation and the BAPA+40 Subthemes	Vicente Paolo B. Yu III
92	Marzo 2019	Notification and Transparency Issues in the WTO and the US' November 2018 Communication	Aileen Kwa y Peter Lunenburg
93	Marzo 2019	Regulating the Digital Economy: Dilemmas, Trade Offs and Potential Options	Padmashree Gehl Sampath
94	Abril 2019	Tax Haven Listing in Multiple Hues: Blind, Winking or Conniving?	Jahanzeb Akhtar y Verónica Grondona
95	Julio 2019	Mainstreaming or Dilution? Intellectual Property and Development in WIPO	Nirmalya Syam
96	Agosto 2019	Antivirales de acción directa para la Hepatitis C: evolución de los criterios de patentabilidad y su impacto en la salud pública en Colombia	Francisco A. Rossi B. y Claudia M. Vargas P.
97	Agosto 2019	Intellectual Property under the Scrutiny of Investor-State Tribunals: Legitimacy and New Challenges	Clara Ducimetière
98	Septiembre 2019	Developing Country Coalitions in Multilateral Negotiations: Addressing Key Issues and Priorities of the Global South Agenda	Adriano José Timossi
99	Septiembre 2019	Ensuring an Operational Equity-based Global Stocktake under the Paris Agreement	Hesham Al-Zahrani, Chai Qimin, Fu Sha, Yaw Osafo, Adriano Santhiago de Oliveira, Anushree Tripathi, Harald Winkler, Vicente Paolo Yu III
100	Diciembre 2019	Medicines and Intellectual Property: 10 Years of the WHO Global Strategy	Germán Velásquez
101	Diciembre 2019	Second Medical Use Patents – Legal Treatment and Public Health Issues	Clara Ducimetière
102	Febrero de 2020	The Fourth Industrial Revolution in the Developing Nations: Challenges and Road Map	Sohail Asghar, Gulmina Rextina, Tanveer Ahmed & Manzoor Illahi Tamimy (COMSATS)
103	Febrero de 2020	Eighteen Years After Doha: An Analysis of the Use of Public Health TRIPS Flexibilities in Africa	Yousuf A Vawda & Bonginkosi Shozi
104	Marzo 2020	Antimicrobial Resistance: Examining the Environment as Part of the One Health Approach	Mirza Alas
105	Marzo 2020	Intersección entre competencia y	María Juliana Rodríguez Gómez

		patentes: hacia un ejercicio pro-competitivo de los derechos de patente en el sector farmacéutico	
106	Marzo 2020	The Comprehensive and Progressive Agreement for the Trans-Pacific Partnership: Data Exclusivity and Access to Biologics	Zelege Temesgen Boru
107	Abril 2020	Guide for the Granting of Compulsory Licenses and Government Use of Pharmaceutical Patents	Carlos M. Correa
108	Abril 2020	Public Health and Plain Packaging of Tobacco: An Intellectual Property Perspective	Thamara Romero
109	Mayo 2020	Non-Violation and Situation Complaints under the TRIPS Agreement: Implications for Developing Countries	Nirmalya Syam
110	Mayo 2020	Estudio preliminar del capítulo sobre propiedad intelectual del acuerdo MERCOSUR – UE	Alejandra Aoun, Alejo Barrenechea, Roxana Blasetti, Martín Cortese, Gabriel Gette, Nicolás Hermida, Jorge Kors, Vanesa Lowenstein, Guillermo Vidaurreta
111	Mayo 2020	National Measures on Taxing the Digital Economy	Veronica Grondona, Abdul Muheet Chowdhary, Daniel Uribe
112	Junio 2020	La judicialización del derecho a la salud	Silvina Andrea Bracamonte y José Luis Cassinerio
113	Junio 2020	La evolución de la jurisprudencia en materia de salud en Argentina	Silvina Andrea Bracamonte y José Luis Cassinerio
114	Junio 2020	Equitable Access to COVID-19 Related Health Technologies: A Global Priority	Zelege Temesgen Boru
115	Julio 2020	Special Section 301:US Interference with the Design and Implementation of National Patent Laws	Carlos M. Correa
116	Agosto 2020	The TRIPS Agreement Article 73 Security Exceptions and the COVID-19 Pandemic	Frederick Abbott
117	Septiembre 2020	Data in Legal Limbo: Ownership, sovereignty, or a digital public goods regime?	Carlos M. Correa
111	Septiembre 2020	Medidas Tributarias Nacionales sobre la Economía Digital	Veronica Grondona, Abdul Muheet Chowdhary, Daniel Uribe
118	Septiembre 2020	Re-thinking Global and Local Manufacturing of Medical Products After COVID-19	German Velásquez
119	Octubre 2020	TRIPS Flexibilities on Patent Enforcement: Lessons from Some	Joshua D. Sarnoff

		Developed Countries Relating to Pharmaceutical Patent Protection	
120	Octubre 2020	Patent Analysis for Medicines and Biotherapeutics in Trials to Treat COVID-19	Srividya Ravi
121	Noviembre 2020	The World Health Organization Reforms in the Time of COVID-19	German Velásquez
122	Noviembre 2020	Analysis of the Overcapacity and Overfishing Pillar of the WTO Fisheries Subsidies Negotiations	Peter Lunenburg
121	Noviembre 2021	Las reformas de la Organización Mundial de la Salud en la época de COVID-19	German Velásquez
123	Noviembre 2020	The United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas: One Step Forward in the Promotion of Human Rights for the Most Vulnerable	Maria Natalia Pacheco Rodriguez y Luis Fernando Rosales Lozada
124	Noviembre 2020	Practical Implications of 'Vaccine Nationalism': A Short-Sighted and Risky Approach in Response to COVID-19	Muhammad Zaheer Abbas
125	Diciembre 2020	Designing Pro-Health Competition Policies in Developing Countries	Vitor Henrique Pinto Ido
107	Diciembre 2020	Guía para la concesión de licencias obligatorias y uso gubernamental de patentes farmacéuticas	Carlos M. Correa
126	Diciembre 2020	How Civil Society Action can Contribute to Combating Antimicrobial Resistance	Mirza Alas Portillo
127	Diciembre 2020	Revisiting the Question of Extending the Limits of Protection of Pharmaceutical Patents and Data Outside the EU – The Need to Rebalance	Daniel Opoku Acquah
128	Febrero de 2021	Intellectual Property in the EU–MERCOSUR FTA: A Brief Review of the Negotiating Outcomes of a Long-Awaited Agreement	Roxana Blasetti in collaboration with Juan I. Correa
129	Marzo 2021	The TRIPS waiver proposal: an urgent measure to expand access to the COVID-19 vaccines	Henrique Zeferino de Menezes
130	Abril 2021	Misappropriation of Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge: Challenges Posed by Intellectual Property and Genetic Sequence Information	Nirmalya Syam y Thamara Romero
118	Junio 2021	Repensando la fabricación mundial y local de productos médicos tras el COVID-19	German Velásquez
131	Junio 2021	TRIPS Flexibilities and TRIPS-plus Provisions in the RCEP Chapter on Intellectual Property: How Much Policy Space is Retained?	Vitor Henrique Pinto Ido
132	Junio 2021	Interpreting the Flexibilities Under the TRIPS Agreement	Carlos M. Correa

133	Agosto 2021	Malaria and Dengue: Understanding two infectious diseases affecting developing countries and their link to climate change	By Mirza Alas
134	Septiembre 2021	Restructuring the Global Vaccine Industry	Felix Lobo
135	Septiembre 2021	Implementation of a TRIPS Waiver for Health Technologies and Products for COVID-19: Preventing Claims Under Free Trade and Investment Agreements	Carlos M. Correa, Nirmalya Syam y Daniel Uribe
136	Septiembre 2021	Canada's Political Choices Restrain Vaccine Equity: The Bolivia-Biolyse Case	Muhammad Zaheer Abbas
137	Octubre 2021	The Ocean Economy: trends, impacts and opportunities for a post COVID-19 Blue Recovery in developing countries	David Vivas Eugui, Diana Barrowclough y Claudia Contreras
138	Octubre 2021	Beyond Corporate Social Responsibility: Strengthening Human Rights Due Diligence through the Legally Binding Instrument on Business and Human Rights	Daniel Uribe Terán
135	Noviembre 2021	Implementación de una exención de los ADPIC relacionados con tecnologías y productos sanitarios para la COVID-19: Evitar reclamaciones en virtud de acuerdos de libre comercio e inversión	Carlos M. Correa, Nirmalya Syam y Daniel Uribe



International Environment House 2
Chemin de Balexert 7-9
CP 228, 1211 Ginebra 19
Suiza

Teléfono: (41) 022 791 8050
E-mail: south@southcentre.int

Sitio web:
<http://www.southcentre.int>

ISSN 1819-6926