

COLECCIÓN
ESTUDIOS DE EMPRESAS,
DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE

HACIA LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA EN DERECHOS HUMANOS

Propuestas regulatorias y lecciones aprendidas

Dirección

Daniel Iglesias Márquez
Estrella del Valle Calzada
Maria Chiara Marullo



COLECCIÓN
ESTUDIOS DE EMPRESAS, DERECHOS
HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE

Directores:

Maria Chiara MARULLO

Universitat Jaume I

Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ

Universitat Rovira i Virgili

Consejo editorial:

Francisco Javier ZAMORA CABOT

Universitat Jaume I

Lorena SALES PALLARÈS

Universidad de Castilla-La Mancha

Humberto CANTÚ RIVERA

*Universidad de Monterrey e Instituto de
Derechos Humanos y Empresas*

Estrella DE VALLE CALZADA

Universitat de València

Nicolás BUENO

UniDistance Suisse

Laura ÍÑIGO ÁLVAREZ

*Universidade NOVA de Lisboa y NOVA Centre on
Business, Human Rights and the Environment*

José ELÍAS ESTEVE

Universitat de València

Mariona CARDONA VALLES

Universitat Oberta de Catalunya

COLECCIÓN
ESTUDIOS DE EMPRESAS, DERECHOS
HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE

1

HACIA LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA EN DERECHOS HUMANOS

Propuestas regulatorias y lecciones aprendidas

Dirección

Daniel Iglesias Márquez
Estrella del Valle Calzada
Maria Chiara Marullo

COLEX 2024



Esta obra ha sido financiada por el Proyecto de I+D+I:

«Oportunidades y desafíos en la implementación de las normas de debida diligencia empresarial en materia de Derechos humanos y medio ambiente» -CIGE/2022/63- de la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat digital de la Generalitat Valenciana. IP: Maria Chiara Marullo.



También se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+I:

«Acceso a la justicia en el contexto de abusos corporativos: la litigación como estrategia de resistencia y de empoderamiento a las víctimas (ACCJUSTEDH)» (ref: IC1023/23/000001), financiado por el Instituto Catalán Internacional para la Paz. IP: Daniel Iglesias Márquez.

COLECCIÓN
ESTUDIOS DE EMPRESAS, DERECHOS
HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE

Autores y autoras

Mikel BERRAONDO
Humberto CANTÚ RIVERA
Federico CHUNGA FIESTAS
Céline DA GRAÇA PIRES
Estrella DEL VALLE CALZADA
Miguel Ángel ELIZALDE CARRANZA
Beatriz FLÜGEL ASSAD
Adoración GUAMÁN
Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ
Marouane LAABBAS-ËL-GUENNOUNI
Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI
Aintzane MÁRQUEZ
Carmen MÁRQUEZ CARRASCO
Maria CHIARA MARULLO
Alexandre MORENO URPÍ
Tatiana SACHS
Lorena SALES PALLARÉS
Tara SCALLY
Daniel SCHÖNFELDER
Sebastián SMART
Orencio VÁZQUEZ OTEO
Anna Luisa WALTER DE SANTANA
Francisco Javier ZAMORA CABOT

Copyright © 2024

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Daniel Iglesias Márquez
© Estrella del Valle Calzada
© Maria Chiara Marullo

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1194-232-4
Depósito legal: C 967-2024

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA EN DERECHOS HUMANOS: AVANCES Y DESAFÍOS

Daniel Iglesias Márquez, Estrella del Valle Calzada, Maria Chiara Marullo

1. De la responsabilidad de respetar los derechos humanos a la diligencia debida empresarial: apuntes preliminares	22
2. La transición hacia la obligatoriedad de la diligencia debida en derechos humanos	33
3. <i>Lost in transition</i> : entre avances y desafíos	36
4. La reciente Directiva europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.	40
Sobre la obra colectiva	43

PARTE I LEGISLACIÓN Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE DILIGENCIA DEBIDA EN DERECHOS HUMANOS

TRANSNACIONALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD: ALGUNAS (BREVES) REFLEXIONES

Humberto Cantú Rivera

Introducción	49
1. La premisa inicial: la potestad regulatoria sobre las actividades económicas transnacionales	50

SUMARIO

2. Algunos dilemas e imprecisiones sobre los conceptos de transnacionalidad y extraterritorialidad	55
3. Conclusión	60

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA TRANSNACIONAL

Carmen Márquez Carrasco

Introducción	61
1. El contexto regulatorio: el ecosistema de la Unión Europea en materia de sostenibilidad	67
2. Una breve aproximación al Derecho transnacional	74
3. El enfoque transnacional de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial.	77
4. Conclusiones.	82

LA LEY DE DEBER DE VIGILANCIA FRANCESA Y LA LEY ALEMANA DE CADENA DE SUMINISTRO: MIRADAS CRÍTICAS DESDE LA PRÁCTICA Y LECCIONES APRENDIDAS DESDE SU IMPLEMENTACIÓN

*Céline da Graça Pires
Daniel Schönfelder*

Introducción	86
1. Antecedentes de las leyes.	87
2. Elementos claves de la LdV	89
3. Elementos claves de la LkSG	90
4. Los efectos positivos de LdV y LkSG	91
5. Desafíos comunes: límites identificados	95
5.1. Desafíos vinculados al ámbito personal y material de las leyes	95
5.1.1. Empresas obligadas: un ámbito personal de aplicación limitado y poco claro	95
5.1.1.1. Solo establecen obligaciones a empresas registradas en Francia y Alemania.	95
5.1.1.2. Solo establecen obligaciones a grandes empresas	96
5.1.1.3. Los retos creados por el derecho societario	98
5.1.2. El dilema del ámbito material: encontrar el justo equilibrio en la redacción para una mayor protección.	100
5.2. Desafíos vinculados a las obligaciones de diligencia debida establecidas por LdV y LkSG.	103
5.2.1. Las leyes se desvían de los PRNU y de las Líneas Directrices de la OCDE en puntos importantes.	103

SUMARIO

5.2.2. La falta de responsabilidad compartida en práctica genera una sobrecarga a los proveedores afectados en las cadenas de suministros mundiales	106
5.2.3. Una insuficiente regulación de las consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados en las dos leyes crea incoherencia con los estándares internacionales.	108
5.3. Desafíos vinculados a las obligaciones de diligencia debida establecidas por las leyes	110
5.3.1. La falta de apoyo estatal limita el potencial transformador de las leyes de diligencia debida	110
5.3.2. Desafíos relacionados a la implementación de los mecanismos de la rendición de cuentas-responsabilidad civil y control administrativo	114
6. Conclusión	120

LEGISLACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA EN LOS PAÍSES BAJOS

Tara Scally

Introducción	123
1. De voluntario a obligatorio	124
2. Antecedentes del contexto neerlandés	125
2.1. Convenios RSCI	125
2.2. La ley del deber de diligencia en materia de trabajo infantil.	126
3. Contenido de la iniciativa de ley	127
3.1. Ámbito de aplicación	128
3.1.1. Ámbito de aplicación de nivel de empresas	128
3.1.2. Ámbito de aplicación sustantivo.	129
3.2. Deber de diligencia y norma de diligencia debida	129
3.2.1. Deber de diligencia	130
3.2.2. Norma de diligencia debida	130
3.3. Vías de ejecución	131
3.3.1. Vía administrativa	132
3.3.2. Vía penal	132
3.3.3. Vía civil	132
4. Visión de futuro y viabilidad política.	134
5. Conclusión	135

DILIGENCIA DEBIDA EN DERECHOS HUMANOS Y SOSTENIBILIDAD: DE LA LEY FRANCESA AL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY ESPAÑOL

Adoración Guamán y Tatiana Sachs

Introducción	137
1. La ley francesa sobre el deber de vigilancia: las promesas aún incumplidas de la co-regulación.	143

SUMARIO

1.1. El ADN del deber de vigilancia a la francesa	145
1.2. Las razones de las promesas aún incumplidas	148
2. El borrador de anteproyecto español	150
2.1. Los bienes jurídicos protegidos	153
2.2. El ámbito de aplicación y alcance de las obligaciones de diligencia debida a lo largo de la cadena global de valor	153
2.3. Las obligaciones de diligencia debida	154
2.4. La participación de los agentes sociales y partes interesadas	154
2.5. Los mecanismos, administrativos y jurisdiccionales de control de la aplicación de la norma	155
2.6. Las disposiciones relativas al acceso a la justicia	155

MECANISMOS DE IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE DILIGENCIA DEBIDA EN UNA FUTURA LEY ESPAÑOLA

Nerea Magallón Elósegui

Introducción: ¿Qué son los procedimientos de diligencia debida empresarial? . .	157
1. Mecanismos de implementación del deber de diligencia debida	159
2. La Propuesta española de Ley de diligencia debida	162
2.1. Contextualización de la Propuesta	162
2.2. Los principales objetivos de la norma	166
3. Mecanismos de implementación de obligaciones de diligencia debida en la Propuesta de Ley española	167
3.1. Mecanismos de información y divulgación	168
3.2. Mecanismos de implementación sustantiva	171
3.3. Mecanismos de reclamación y reparación	173
3.4. Mecanismos de responsabilidad civil y acceso a justicia	175

LA LEGISLACIÓN SOBRE DEBIDA DILIGENCIA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN CHILE: INFLUENCIAS INTERNACIONALES EN UN EMINENTE DEBATE NACIONAL

Sebastián Smart

Introducción	180
1. El marco internacional de derechos humanos y empresas: relaciones con Chile	182
1.1. Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos	183
1.2. Tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos	186
1.3. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable	187
1.4. Sistema de Tratados y relatorías especiales de Naciones Unidas	189
1.5. Sistema regional de derechos humanos	190

SUMARIO

2. (Falta de) Desarrollo de la debida diligencia en Chile	193
2.1. Proceso de creación de los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos (PAN)	193
2.2. Regulaciones sobre derechos humanos y empresas en Chile	196
2.2.1. Responsabilidad penal	196
2.2.2. Responsabilidad civil.	197
2.2.3. Responsabilidades administrativas.	198
2.3. Litigación estratégica en materia de derechos humanos y empresas	199
2.4. Oportunidades perdidas para regular la debida diligencia	201
2.4.1. Compras públicas	201
2.4.2. Intento de constitucionalizar materias sobre derechos humanos y empresas	202
2.5. La discusión sobre debida diligencia que se espera	202
3. ¿Qué tipo de debida diligencia? Actores clave en la discusión sobre debida diligencia en Chile.	203
3.1. Organizaciones de la sociedad civil	204
3.2. Academia	206
3.3. Empresas	207
3.4. Empresas del Estado	209
4. A modo de conclusión	211

LA (PROPUESTA DE) LEY DE DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL OBLIGATORIA E IMPLEMENTACIÓN DEL PRIMER PLAN NACIONAL DE ACCIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS DE PERÚ

Federico Chunga Fiestas

Introducción	214
1. La incorporación del concepto de debida diligencia empresarial en el ordenamiento peruano	217
2. Sobre la necesidad de contar con un marco legal obligatorio de debida diligencia empresarial.	222
3. Análisis de la propuesta de ley de debida diligencia presentada por la Plataforma de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos de Perú	225
3.1. Contenido de la propuesta.	225
3.1.1. Pilar I: el deber de protección estatal	226
3.1.2. Pilar II: el deber de respetar los derechos humanos.	227
3.1.3. Pilar III: la reparación de los abusos de derechos humanos	228
3.1.4. Sobre las razones que hacen necesario contar con una ley.	230
3.2. Algunas reflexiones sobre el contenido de la propuesta de ley	235
4. Reflexión final	237

PARTE II DILIGENCIA DEBIDA EN DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTOS Y SECTORES ESPECÍFICOS

MINERALES DE TRANSICIÓN: ¿CARTA BLANCA PARA EL EXTRACTIVISMO?

Francisco Javier Zamora Cabot y Lorena Sales Pallarés

1. Introducción. La crisis/emergencia climática	242
1.1. En general.	242
1.2. Intentos de mitigación de la crisis	244
2. Un largo camino hacia los minerales de transición	246
2.1. Iniciativas europeas	246
2.1.1. La transición energética.	247
2.1.2. La Ley Europea de Materias Primas: virtudes y defectos.	251
2.2. Potencial de conflictos: el caso del cobalto en la República Democrática del Congo y Marruecos	260
2.2.1. El cobalto en la República Democrática del Congo	260
2.2.2. El cobalto en Marruecos	263
3. Un apunte sobre el litio, y reflexiones conclusivas.	264

EL NUEVO HORIZONTE DE LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO FORZOSO EN LA UE: LA PROHIBICIÓN DE SUS PRODUCTOS Y SERVICIOS

Alexandre Moreno Urpí

Introducción. El problema poliédrico de la esclavitud moderna y el trabajo forzado.	267
1. La conceptualización del trabajo forzado a nivel internacional: el papel de la OIT y del TEDH en su concreción respecto a las conductas afines	270
2. Luces y sombras de la propuesta de reglamento para eliminar los productos o servicios derivados del trabajo forzado	276
2.1. La relación entre la diligencia debida y las obligaciones para evitar los productos y servicios derivados del trabajo forzado en el mercado de la UE.	277
2.2. Análisis preliminar de propuesta de reglamento sobre productos con trabajo forzado	279
3. Conclusiones.	288

DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS: DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS REGULATORIAS PARA EL SECTOR TECNOLÓGICO

Anna Luisa Walter De Santana y Beatriz Flügel Assad

Introducción	291
1. Empresas de tecnología y derechos humanos.	293

SUMARIO

2. Ley de Servicios Digitales: la caracterización de los riesgos sistémicos en las empresas de servicios digitales	297
3. La diligencia debida en materia de derechos humanos y la Ley de Servicios Digitales	300
4. Consideraciones finales	304

LA INFORMACIÓN CORPORATIVA SOBRE LA GESTIÓN DE IMPACTOS EN DERECHOS HUMANOS EN LA LEY 11/2018. ESTUDIO DE CASO: ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN LAS EMPRESAS DEL IBEX 35

Orencio Vázquez Oteo

Introducción	307
1. Información no financiera en la gestión de la empresa de los derechos humanos	309
1.1. Estándares para el reporte de información sobre derechos humanos	312
1.1.1. El Marco de Reporte de Naciones Unidas	312
1.1.2. Global Reporting Initiative (GRI)	312
1.2. Regulación de la información no financiera. El caso de los derechos humanos	313
2. La información sobre la gestión de impactos en derechos humanos por las empresas del IBEX 35	315
2.1. Objetivos.	315
2.2. Muestra y periodo	315
2.3. Metodología.	318
2.4. Resultado de la investigación	322
2.4.1. Política en derechos humanos	325
2.4.2. Debida diligencia.	326
2.4.3. Comunidades locales e indígenas	327
2.4.4. Relaciones comerciales y cadena de suministro	327
2.4.5. Mecanismo de remedio	328
3. Conclusiones, aportaciones y limitaciones	329

LOS DERECHOS LABORALES Y AMBIENTALES EN UN MUNDO GLOBALIZADO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACUERDOS MARCO INTERNACIONALES Y LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

Marouane Laabbas-El-Guennouni

Introducción	332
1. El comercio internacional y la protección laboral y ambiental	333
1.1. Protección internacional y europea de los derechos laborales	333
1.2. Protección ambiental en la esfera internacional y europea	336
1.3. Nexos entre el cuidado ambiental y la protección de los derechos laborales.	338

SUMARIO

2. Los Acuerdos de Libre Comercio: implicaciones laborales y ambientales	340
2.1. Los estándares laborales en los Acuerdos de Libre Comercio de la Unión Europea	341
2.2. Protección ambiental y laboral en los Acuerdos de Libre Comercio de la Unión Europea	344
3. Los Acuerdos Marco Internacionales y su atención al trabajo y al medio natural	346
3.1. Los Acuerdos Marco Internacionales	347
3.2. La atención a los derechos laborales y ambientales en los Acuerdos Marco Internacionales	348
4. La diligencia debida como instrumento para una mayor vinculación legal del contenido de los acuerdos	351
5. Conclusiones	353

PARTE III ESTUDIO DE CASOS: RESPONSABILIDAD, ACCESO A LA JUSTICIA Y DILIGENCIA DEBIDA EN DERECHOS HUMANOS

DE AQUELLOS POLVOS, ESTOS LODOS: UNA LECTURA POSITIVA. DE LOS BUZOS MISKITOS A ENVOL VERT VS. CASINO

Lorena Sales Pallarés

Introducción	357
1. El asunto Opario Lemoth Morris y otros vs. Honduras	358
1.1. Los <i>miskita</i> y la pesca de langosta	358
1.2. La intervención de la Corte IDH en el asunto <i>Buzos Miskitos</i>	364
2. El asunto Envol Vert vs. Casino	371
2.1. Algunas consideraciones iniciales	371
2.2. El largo brazo de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales	373
2.2.1. Casino en Brasil	374
2.2.2. Casino en Colombia	377
3. Pequeñas reflexiones con importancia	379

LAS EMPRESAS ESTATALES PETROLERAS: LA VIABILIDAD DE LA INMUNIDAD DEL ESTADO EN CASOS DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Miguel Ángel Elizalde Carranza

Introducción	384
1. Las inmunidades del Estado: aspectos generales	385

SUMARIO

2. Las Empresas Estatales Petroleras en el marco de la doctrina de la inmunidad absoluta	388
2.1. Las Empresas Estatales Petroleras como un órgano del Estado	389
2.2. Las Empresas Estatales Petroleras como un órgano <i>de facto</i> del Estado	391
3. Las Empresas Estatales Petroleras en el marco de la doctrina de la inmunidad relativa	394
3.1. La progresiva adopción de la inmunidad relativa	394
3.2. La «excepción comercial» y las dificultades de definición	396
4. La potencial inmunidad de las Empresas Estatales Petroleras en litigios climáticos por violación de derechos humanos.	399
4.1. La condición previa de que exista un vínculo competencial	400
4.2. La naturaleza híbrida de las actividades de las Empresas Estatales Petroleras	402
5. Las inmunidades del Estado en casos de vulneraciones de los derechos humanos por parte de las Empresas Estatales Petroleras.	405
5.1. <i>Jus cogens</i> vs Inmunidad del Estado	408
5.2. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	410
6. Conclusión	412

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS Y RESPONSABILIDAD CORPORATIVA: EXPLORANDO EL USO DEL LITIGIO ESTRATÉGICO DESDE EL FEMINISMO INTERSECCIONAL EN LA DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL

Aintzane Márquez

Introducción	416
1. El caso chileno ante los mecanismos especiales de Naciones Unidas: los impactos de lotes defectuosos de anticonceptivos en la salud reproductiva	423
1.1. La rendición de cuentas a través de la presión internacional	424
1.2. Evaluación y consecuencias: reacciones, impacto y análisis crítico	426
2. El caso de Yaneth Valderrama: el impacto del glifosato en la salud reproductiva y el enfoque interseccional ante el sistema interamericano.	429
2.1. La responsabilidad estatal en prácticas empresariales a través de la justicia regional y transicional	430
2.2. Movimientos globales contra el glifosato y la violencia reproductiva como categoría de violencia sexual en los conflictos armados	432
3. Justicia ambiental y las acciones colectivas: el caso Kabwe como cambio de paradigma en el litigio transnacional	436
3.1. Las acciones colectivas y el derecho de daños como forma de acceso a la justicia ambiental	437
3.2. Impactos y responsabilidades en el caso Kabwe: un análisis feminista interseccional.	440
4. Algunas reflexiones finales	442

**DEBIDA DILIGENCIA Y DERECHOS DEL PUEBLO WAYUU FRENTE A LAS
ENERGÍAS RENOVABLES EN LA GUAJIRA COLOMBIANA**

Mikel Berraondo

Introducción: energía renovable en territorio Wayuu.	445
1. Debida diligencia en territorios indígenas: consulta y participación	448
1.1. Aplicación de estándares internacionales de derechos humanos.	450
1.2. Consulta y participación desde los estándares internacionales	452
2. Empresas europeas en el desarrollo de parques eólicos	455
2.1. ENEL.	455
2.2. EDPR y Vientos del norte.	457
2.3. ENERFIN (ELEC NOR)	460
3. Conclusiones.	462

INTRODUCCIÓN

LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA EN DERECHOS HUMANOS: AVANCES Y DESAFÍOS

Daniel Iglesias Márquez*

Universitat Rovira i Virgili

Estrella del Valle Calzada**

Universitat de València

Maria Chiara Marullo***

Universitat Jaume I

SUMARIO: 1. De la responsabilidad de respetar los derechos humanos a la diligencia debida empresarial: apuntes preliminares. 2. La transición hacia la obligatoriedad de la diligencia debida en derechos humanos. 3. *Lost in transition*: entre avances y desafíos. 4. La reciente Directiva europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

* Profesor e investigador postdoctoral «Juan de la Cierva» del Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili. Investigador asociado al Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey y del CEDAT-URV. Parte de este texto se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030» (PID2021-126145OB-I00) y del proyecto de investigación «Acceso a la justicia en el contexto de abusos corporativos: la litigación como estrategia de resistencia y de empoderamiento a las víctimas» (ICI023/23/000001).

** Profesora Ayudante Doctora del Departamento de Derecho Internacional «Adolfo Miaja de la Muela» de la Universitat de València, e investigadora del Institut de Drets Humans de la Universitat de València. Estrella.valle@uv.es. Proyecto de investigación «Acceso a la justicia en el contexto de abusos corporativos: la litigación como estrategia de resistencia y de empoderamiento a las víctimas» (ICI023/23/000001).

*** Profesora Permanente Laboral de Derecho Internacional Privado, Universitat Jaume I. Proyecto: CIGE/2022/63. Oportunidades y desafíos en la implementación de las normas de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos y medio ambiente.

1. De la responsabilidad de respetar los derechos humanos a la diligencia debida empresarial: apuntes preliminares¹

Desde la segunda mitad del siglo XX asistimos a cambios trascendentales en la conformación y funcionamiento de la sociedad internacional, lo que ha permitido la expansión de las empresas y de sus actividades en un mundo sin fronteras económicas. Esto ha ampliado de forma exponencial el poder, influencia y participación de las empresas no solo en las esferas económicas, sino también en los ámbitos políticos, sociales y culturales, tanto a nivel nacional como internacional. Sus actividades transnacionales, por tanto, impactan de distintas maneras en las sociedades contemporáneas, tanto positiva como negativamente.

La importante presencia y los impactos de las empresas en la escena global han generado intensos debates en distintos foros internacionales sobre cuáles son las medidas regulatorias y de gobernanza necesarias para hacer frente a las externalidades —negativas— de las actividades de las empresas². Estos debates se han centrado sobre todo en los impactos negativos de las grandes empresas sobre el disfrute de los derechos humanos y el medio ambiente asociados, por un lado, a la búsqueda del mayor beneficio económico para los *shareholders* al menor coste posible y, por otro lado, a la falta de capacidad o de voluntad de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales. Esto ha impulsado la idea —y la necesidad— de configurar un marco jurídico internacional que aborde de forma adecuada el impacto negativo de las empresas sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

Así, desde la década de los setenta, en el ámbito internacional se han debatido propuestas de instrumentos de *hard law*, que imponen obligaciones directas a las empresas, como el Proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales³ o las Normas de las Naciones Unidas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos⁴, cuyo eventual fracaso es consecuencia, entre otras cuestiones, de la fuerte oposición de las empresas y

1 Este apartado se basa y actualiza los resultados de la siguiente investigación: IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: (2022). «La debida diligencia en materia de derechos humanos: Estado de la cuestión y perspectivas», en: *Tomo XVI. Derechos humanos y Empresas de la Colección de Estudios en Derechos Humanos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli, 2022, pp. 32-65.

2 CHARNEY, J.: «Transnational Corporations and Developing Public International Law», *Duke Law Journal*, vol. 32, núm. 4, 1983, pp. 748-788.

3 Véase, *Adoption of the agenda and other organizational matters. Code of conduct on transnational corporations. Note by the Secretary-General*, 1 February 1988, E/1988/39/Add.I.

4 Véase, *Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*, 26 August 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

de los Estados del Norte Global a extender la responsabilidad social de las empresas más allá del *soft law*. Una oposición que se ha mantenido hasta el día de hoy y que se ha hecho evidente durante las sesiones del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos. A lo largo de los diez años de negociaciones, algunas delegaciones y varias ONG han sostenido que el futuro instrumento debe establecer obligaciones directas para las empresas transnacionales y expresaron la esperanza de que en el futuro instrumento se establecieran obligaciones de esa índole. No obstante, otros Estados del Norte Global y organizaciones internacionales representantes de las empresas y de los empleadores han manifestado su preocupación ante una posible transferencia indebida de obligaciones del Estado a las empresas. Por lo que han pedido que no se sobrecargue de obligaciones a las empresas⁵. Así, las distintas versiones de los borradores del tratado se han alejado de la imposición directa de obligaciones legales internacionales a las empresas y, en su lugar, se centran en la regulación de la actividad empresarial en relación con los impactos en los derechos humanos a través del prisma de las obligaciones de los Estados⁶. Por tanto, se mantiene la invisibilidad de las empresas en el Derecho internacional que ha perdurado en el tiempo⁷.

Ante las posiciones encontradas entre los distintos actores de interés respecto a las obligaciones directas de las empresas en virtud del Derecho internacional⁸, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos⁹, aprobados en 2011 por el Consejo de Derechos Huma-

5 Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones, 2 de enero de 2019, A/HRC/40/48, párr. 55.

6 Véase, «Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights», disponible en: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>.

7 JOHNS, F.E.: «The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory. *Melbourne University Law Review*», vol. 19, núm. 4, 1993, pp. 893-923.

8 Sobre las obligaciones directas a las empresas en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos, véase, IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: «Explorando las fronteras del Derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos», *Akademía. Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos*, vol. 1, núm. 1, 2018, pp. 165-214; LÓPEZ LATORRE, A.: «In Defence of Direct Obligations for Businesses under International Human Rights Law. *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, núm. 1, 2020, pp. 56-83.

9 Véase, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*, 21 de marzo de 2011, A/HRC/17/31.

nos y que en 2021 cumplieron su primer décimo aniversario, han aportado de manera deliberada una fórmula alineada con la primicia de los Estados como los principales sujetos obligados de proteger los derechos humanos frente a los impactos de terceros, incluidas las empresas¹⁰. El Pilar II de los Principios Rectores reconoce que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Esto significa de manera general que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas que se produzcan para los derechos humanos. Es decir, las empresas deben realizar sus actividades de tal manera que no interfieran ni tengan consecuencias negativas para el disfrute de los derechos humanos de los empleados y empleadas, de las comunidades, de los consumidores u otras personas que se puedan ver afectadas directa o indirectamente por sus actividades o relaciones comerciales.

Si bien los Estados, las organizaciones de la sociedad civil y las empresas no se ponen de acuerdo sobre la imposición de obligaciones directas en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos, existe un mayor consenso a nivel internacional o reconocimiento casi universal respecto a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, que constituye una norma social transnacional acreditada e institucionalizada¹¹. El balance del primer decenio de los Principios Rectores confirma que muchas empresas están desarrollando un aprendizaje y unas prácticas internas continuas para los diferentes aspectos del respeto de los derechos humanos y para abordar las repercusiones negativas en sus operaciones y en toda su cadena de valor¹².

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se ha expandido a través de distintas declaraciones de las propias empresas y de diversos instrumentos e iniciativas —de *soft law*— que promueven una conducta empresarial responsable, adoptadas en el seno de reconocidas organizaciones como la OIT, la ISO, la OCDE y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas. De esta manera, se ha reconocido como una norma de conducta global aplicable a todas las empresas y las industrias dondequiera que operen, sin importar su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y

10 Sobre los Principios Rectores, véase, ESTEVE MOLTÓ, J. E.: «Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXVII, 2011, pp. 317-351, pp. 316-321.

11 RUGGIE, J. G. y SHERMAN, J. F.: «The Concept of “Due Diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale», *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, 2017, pp. 921-928.

12 Véase, GRUPO DE TRABAJO DE LA ONU SOBRE LA EMPRESA Y LOS DERECHOS HUMANOS: *UNGP 10+: una hoja de ruta para el próximo decenio de las empresas y los derechos humanos*, Naciones Unidas, Ginebra, 2021, pág. 16.

estructura¹³. Incluso, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos se aplica igualmente a las empresas estatales, que debido al estrecho vínculo con el Estado, estas, que están controladas por el Estado o cuyos actos pueden atribuirse al mismo, tienen una responsabilidad reforzada de respetar los derechos humanos.

Esta responsabilidad de respetar se diferencia de la responsabilidad legal por el incumplimiento de normas y, por ende, va más allá de configurar obligaciones y deberes. Es decir, la expresión «responsabilidad de respetar» indica que el respeto de los derechos no constituye una obligación que el actual Derecho internacional de los derechos humanos imponga de manera general y directa a las empresas. Asimismo, esta responsabilidad empresarial es independiente y complementaria a la capacidad o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones¹⁴. En consecuencia, aunque los Estados no cumplan con sus propias obligaciones en materia de derechos humanos, esto no proporciona a las empresas una excusa para no cumplir con su propia responsabilidad de respetar.

Si bien esta responsabilidad empresarial no supone nuevas obligaciones, ha sido considerada por los tribunales nacionales en litigios relacionados con empresas y derechos humanos¹⁵. En 2021, el Tribunal de Distrito de La Haya, en el caso *Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*, se basó en el Principio rector 11 para interpretar el estándar no escrito de cuidado bajo la ley holandesa y determinar que Royal Dutch Shell tiene la obligación de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. De acuerdo con el Tribunal, el respeto de los derechos humanos requiere la acción por parte de las empresas, de las que se espera que prevengan, limiten y, cuando sea necesario, aborden los impactos negativos de sus empresas sobre los derechos humanos. Estas consideraciones del Tribunal apuntan a que las empresas deben tener un papel más activo en la lucha contra el cambio climático que afecta el ejercicio de los derechos humanos. Así, se intuye que el cumplimiento de su responsabilidad de respetar implica que las empresas identifican, previenen, mitigan y dan cuenta de cómo abordan los impactos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos asociados a sus contribuciones al cambio climático¹⁶.

13 Véase, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, 22 de abril de 2009, A/HRC/11/13, párr. 47.

14 CDH: *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*. Consejo de Derechos Humanos, 2012.

15 Véase, PIGRAU SOLÉ A. e IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: *Litigación en materia de Empresas y Derechos Humanos: estudio de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

16 IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: «*Milieudéfensie & otros v. Royal Dutch Shell plc*: la delimitación de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en tiempos de crisis

El alcance de la responsabilidad de respetar ha sido objeto de controversia, ya que las empresas pueden afectar un amplio espectro de derechos humanos. Según el Principio rector 12 de los Principios Rectores, la responsabilidad de respetar se aplica, como mínimo, a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos que se consagran en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Esto ya que los principios que encarnan esos instrumentos son los que han obtenido un mayor consenso de la comunidad internacional¹⁷. No obstante, es posible que las empresas deban tener en consideración otras normas internacionales de derechos humanos para el respeto de los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicos, reconocidos en los instrumentos de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias. Por otra parte, en situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario. Por tanto, las críticas en relación con el alcance de la responsabilidad de respetar los derechos humanos son que genera una jerarquía de derechos humanos y obvia, a su vez, otros instrumentos internacionales, como los ambientales que son clave para el disfrute de los mismos¹⁸.

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos va más allá del mero hecho de abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros, sino que requiere la adopción de medidas proactivas para prevenir y reparar los efectos perjudiciales de sus actividades sobre el disfrute de los derechos humanos. Es decir, respetar los derechos humanos por parte de las empresas implica actuar de manera positiva para no causar daño¹⁹. En este sentido, las empresas, en cualquier contexto deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen; buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas; y, considerar el riesgo de

climática», en: PIGRAU SOLÉ, A. e IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: *Litigación en materia de Empresas y Derechos Humanos: estudio de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

17 Véase, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, 22 de abril de 2009, A/HRC/11/13, párr.53. Véase también, JOSEPH, S.: «Guiding Principle 12: Minimum Human Rights Standards for Pillar II», en: *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2023, pp. 92-100.

18 Véase, MCCORQUODALE, R.: *Business and Human Rights*, Oxford, OUP, 2024, p. 93; IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: «Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas», *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 20, 2020, pp. 85-134.

19 MCCORQUODALE, R.: *op. cit.*, p. 86.

provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen.

En línea con lo anterior, el mecanismo prescrito en los Principios Rectores para que las empresas pongan en práctica y den cumplimiento a su responsabilidad de respetar los derechos humanos es la diligencia debida en materia de derechos humanos, que constituye un proceso continuo de gestión mediante el cual una empresa detecta y resuelve las consecuencias negativas que pueda generar para los derechos humanos en el contexto de todas sus operaciones y productos y en todas sus relaciones comerciales (proveedores y socios comerciales).

La diligencia debida no es una noción ajena a los Estados ni a las empresas. En el Derecho internacional, este concepto se refiere a una obligación de conducta, lo que significa que el enfoque principal está en el comportamiento del Estado en lugar de en el resultado de su comportamiento. Como tal, la diligencia debida en el Derecho internacional tiende a valorar si un Estado ha tomado medidas razonables y apropiadas para prevenir o mitigar las infracciones al Derecho internacional por parte de personas privadas²⁰. En el mundo empresarial, es un concepto proveniente del derecho anglosajón que se refiere al proceso —puntal— de análisis de los posibles factores de riesgo cuando las empresas llevan a cabo operaciones de adquisición o fusión²¹.

No obstante, la diligencia debida (en derechos humanos) en los Principios Rectores constituye un concepto innovador y deliberado, ya que es un término familiar para las empresas y para los Estados. Es una noción que incluso implica una alteración significativa en el propósito de la empresa, ya que a través de la diligencia debida se prioriza el respeto de los derechos humanos sobre la maximización del beneficio²². Por tanto, como bien señala la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

«La debida diligencia en materia de derechos humanos no debe confundirse con otras formas de debida diligencia en el ámbito jurídico, como la que se suele exigir en preparación de fusiones y adquisiciones de empresas, o la exigida con fines de supervisión del cumplimiento normativo en ámbitos como la banca o la lucha contra la corrupción. La principal diferencia entre estos conceptos es que, mientras estas formas de debida diligencia se ocupan generalmente de identificar, prevenir y mitigar los riesgos para las empresas, la debida diligencia en materia de

20 Véase, *ILA Study Group on Due Diligence in International Law Second Report*, disponible en: https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/draft-study-group-report-johannesburg-2016.

21 MARTÍN-ORTEGA, O.: «La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad», en: ZAMORA CABOT, F., GARCÍA CÍVICO, J. y SALES PALLARÉS, L. (eds.), *La Responsabilidad de las Empresas Multinacionales por Violaciones de los Derechos Humanos* Alcalá Universidad de Alcalá, 2013, pp. 167-192.

22 FASTERLING B.: «Human Rights Due Diligence as Risk Management: Social Risk versus Human Rights Risk», *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, núm. 2, 2017, pp. 225-247.

derechos humanos se ocupa de los riesgos para las personas, específicamente de impactos negativos en los derechos humanos que una empresa puede causar o a los que pueda contribuir a través de sus propias actividades, o que pueden estar directamente vinculados a sus operaciones, productos o servicios a través de sus relaciones comerciales. Como tal, la debida diligencia en materia de derechos humanos exige metodologías que se basen, en términos de alcance y procedimiento, en las normas de derechos humanos reconocidas internacionalmente, y deberían “[i]ncluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas...”²³.

Además, cabe añadir que la diligencia debida en derechos humanos también difiere de la tradicional responsabilidad social corporativa, ya que su implementación es una expectativa global de todas las empresas y no un esfuerzo voluntario en el que una empresa puede decidir si pone en marcha o no el proceso, como en el caso de hacer contribuciones al desarrollo comunitario u otros esfuerzos sociales y ambientales.

Por tanto, los Principios Rectores, a través de su Principio rector 17, buscan extender el alcance de esta herramienta metodológica de conducta, con el fin de que las empresas no solo se aseguren de cumplir con las normas nacionales, sino también de identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. Por tanto, la diligencia debida en materia de derechos humanos, según el Profesor Ruggie, es «un intento amplio y activo de descubrir los riesgos reales o potenciales que amenazan a los derechos humanos durante todo el ciclo vital de un proyecto o actividad comercial, con miras a evitar o atenuar esos riesgos»²⁴. En un sentido similar, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos señala que este proceso «[e]s un modo de gestionar en forma proactiva los riesgos reales y potenciales de los efectos adversos en los derechos y la dignidad de las personas»²⁵.

El proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos contemplado en el Pilar II de los Principios Rectores es la suma de cuatro elementos interrelacionados que en su conjunto deberían prevenir impactos negativos en los derechos humanos provenientes de sus actividades o relaciones comerciales. El primer elemento contemplado en el Principio rector 18 consiste en identificar y evaluar los impactos reales o potenciales sobre

23 Véase, *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales: La relevancia de la debida diligencia en materia de derechos humanos para la determinación de la responsabilidad empresarial*, 1 de junio de 2018, A/HRC/38/20/Add.2, párr.8.

24 Véase, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, 22 de abril de 2009, A/HRC/11/13, párrs. 72-74.

25 Véase, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas*, 16 de julio de 2018, A/73/163, párr. 10.

los derechos humanos que la empresa haya causado o contribuido a causar a través de sus actividades. Este primer elemento es clave para determinar cómo prevenir o mitigar las consecuencias negativas potenciales y cómo reparar cualquier consecuencia negativa real que una empresa pueda causar o contribuir a causar. Para ello, se debe evaluar el contexto de derechos humanos; identificar a los posibles afectados; catalogar las normas y cuestiones pertinentes de derechos humanos; y proyectar las consecuencias de la actividad propuesta y de las relaciones comerciales correspondientes sobre los derechos humanos de las personas identificadas. Esta información se puede recabar directamente por la propia empresa o a través de los insumos de organizaciones no gubernamentales o expertos en derechos humanos independientes. La evaluación de los impactos sobre los derechos humanos debe hacerse en la etapa más temprana posible de la vida de una actividad o relación comercial concreta, ya sea antes de emprender una nueva actividad o de establecer una nueva relación comercial, antes de adoptar decisiones importantes o de aplicar cambios operacionales, o bien, frente a posibles cambios en el entorno operacional.

El segundo elemento es la integración de los resultados de las evaluaciones de impacto en las actividades y los procesos pertinentes de la empresa (Principio rector 19). Esto implica adoptar las medidas adecuadas conforme a su participación en el impacto. Es decir, si la empresa causa directamente estos efectos, debe ponerles fin o prevenirlos mediante la adopción de medidas eficaces; o bien, si la empresa contribuye de manera indirecta a través de una entidad con la que mantiene relaciones comerciales, debe ejercer su influencia para mitigar en la mayor medida posible los efectos que no se puedan eliminar²⁶. Si la empresa carece de influencia, debe encontrar la forma de potenciarla, por ejemplo, mediante la capacitación u otros incentivos. La rapidez y la facilidad con que una empresa integra los resultados de las evoluciones pueden ser decisivas para la eficacia de las medidas adoptadas para hacer frente a los impactos negativos de sus actividades o de sus relaciones comerciales.

Una vez adoptadas las medidas para poner fin o prevenir los impactos sobre los derechos humanos, un tercer elemento consiste en hacer seguimiento de dichas medidas para verificar que los efectos negativos desaparezcan o por lo menos se reduzcan, con la intención de que eventualmente puedan ser erradicados (Principio rector 20). El seguimiento implica examinar cómo la empresa ha respondido ante los impactos potenciales detectados y si esas respuestas han servido para prevenir. En caso de impactos reales, implica analizar las causas profundas o un proceso equivalente para determinar cómo y por qué se produjeron esas consecuencias negativas. Este seguimiento de las medidas le permite a la empresa obtener información sobre su

26 Se entiende por «influencia» la capacidad para modificar las prácticas perjudiciales de la parte que esté causando o contribuyendo a provocar las consecuencias negativas.

comportamiento en materia de derechos humanos, lo que fortalece su proceso interno de rendición de cuentas y sienta las bases para cualquier nivel de comunicación hacia el exterior que se considere necesario o aconsejable. Para el seguimiento, se puede hacer uso de otros sistemas de gestión de riesgos dentro de la empresa, siempre y cuando sean creíbles, sólidos y utilicen indicadores claros que demuestren que las medidas están teniendo eficacia.

Finalmente, el cuarto elemento comprende la comunicación hacia el exterior de la empresa sobre qué hace para hacer frente a los efectos adversos y demostrar a las partes interesadas, sobre todo a las afectadas, que se han dispuesto políticas y procesos adecuados para cumplir en la práctica su responsabilidad de respetar los derechos humanos (Principio rector 21). Esto no implica que la empresa revele públicamente todas las cuestiones detectadas en las evaluaciones continuas de su impacto en los derechos humanos o de las medidas que adopta para prevenirlos o ponerles fin. Más bien, se trata de generar un diálogo con las partes interesadas para incluir, en algunos casos, la comunicación de la respuesta específica ante una consecuencia negativa concreta. Para ello, la empresa debe disponer de sistemas internos de recogida de información y rendición de cuentas, con el fin de poder dar cuenta en el plano externo de sus acciones en caso de que se vea implicada en abusos de derechos humanos. La forma en que la empresa se comunice hacia el exterior puede ser a través de reuniones o bien a través de informes públicos oficiales que presenten periódicamente.

Los cuatro elementos anteriores (evaluación, integración y actuación, seguimiento y comunicación hacia el exterior) son los mínimos que deberían estar contemplados en cualquier proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos. No obstante, este proceso es flexible y adaptable ya que se basa en un principio de proporcionalidad, por lo que la diligencia debida en materia de derechos humanos se ajusta al tamaño de la empresa, al riesgo de efectos graves y a la naturaleza y al contexto de las operaciones empresariales. Por ejemplo, en el caso que una empresa operara en zonas afectadas por conflictos, esta debería intensificar la exigencia de la diligencia debida en materia de derechos humanos. Es decir, en estos contextos el proceso de diligencia debida debe complementarse con un enfoque que tenga en cuenta los conflictos²⁷.

Los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos, a su vez, deben completarse, por un lado, con una declaración política que exprese el compromiso de las empresas de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos (Principio rector 16). Este compromiso político debe ser aprobado al más alto nivel directivo de la empresa y establecer lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su perso-

27 Véase, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Empresas, derechos humanos y regiones afectadas por conflictos: hacia el aumento de las medidas*, 21 de julio de 2020, A/75/212, párr. 44.

nal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios. Este compromiso debe permanecer inalterado durante un amplio período de tiempo, aunque está sujeto a su actualización a medida que la empresa va adquiriendo experiencia en materia de derechos humanos.

Por otro lado, la diligencia debida en materia de derechos humanos se debe complementar con la participación activa de las empresas en la reparación de los efectos adversos sobre los derechos humanos que han causado o contribuido a causar. En este sentido, los Principios Rectores promueven el establecimiento de mecanismos de reclamación a nivel operacional para los posibles afectados por las actividades empresariales, lo que puede constituir un medio eficaz de reparación (comentario del Principio rector 22).

La diligencia debida en materia de derechos humanos contribuye, por tanto, a poner en práctica la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, ya que este proceso intenta prevenir y poner fin a los impactos negativos sobre dichos derechos. En este sentido, se trata de la norma de conducta esperada para todas las empresas comerciales. No obstante, en la primera década de existencia de los Principios Rectores, aún son pocas las empresas que ponen en marcha procesos de diligencia debida, ya sea por la falta de conocimiento o bien de capacidad o voluntad para aplicarlos. Esto se reafirma en el balance del primer decenio que indica que el número de empresas comprometidas con los Principios Rectores sigue siendo bajo²⁸. Asimismo, el *Corporate Human Rights Benchmark* (2022), que evalúa el desempeño en derechos humanos de 127 empresas globales en sectores identificados como de alto riesgo de impactos adversos en los derechos humanos, resalta una brecha significativa en la implementación de procesos de diligencia debida. En 2022, 46 de las 127 empresas evaluadas obtuvieron una puntuación de cero en este aspecto²⁹. En Alemania, otro estudio confirma que menos del 50 % de las empresas en dicho país demuestran cumplir con los estándares de la diligencia debida³⁰.

Un estudio de la Comisión Europea determinó que de 334 empresas consultadas, solo un tercio de las empresas llevan a cabo procesos de diligencia que tienen en cuenta todos los impactos en los derechos humanos y el medio ambiente, y otro tercio adicional realiza una debida diligencia

28 Véase, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio*, A/HRC/47/39, p. 16.

29 WORLD BENCHMARKING ALLIANCE: *Corporate Human Rights Benchmark 2022 Insights Report*, disponible en: <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/research/2022-corporate-human-rightsbenchmark-insights-report/>.

30 GERMAN FEDERAL FOREIGN OFFICE: *Monitoring the National Action Plan for Business and Human Rights (NAP)*, disponible en: <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/aussenwirtschaft/wirtschaft-undmenschenrechte/monitoring-nap/2131054>.

HACIA LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA EN DERECHOS HUMANOS

De acuerdo con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, todas las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Esta responsabilidad va más allá del mero hecho de abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros, sino que requiere la adopción de medidas proactivas para prevenir y reparar los efectos perjudiciales de sus actividades. El mecanismo prescrito en los Principios Rectores para que las empresas pongan en práctica su responsabilidad de respetar es la diligencia debida en derechos humanos, que constituye un proceso continuo de gestión mediante el cual una empresa aborda las consecuencias negativas que pueda generar para los derechos humanos en el contexto de sus operaciones y productos y en todas sus relaciones comerciales. No obstante, ante la escasa implementación voluntaria de este proceso, recientemente han emergido o están en elaboración marcos jurídicos de diligencia debida obligatoria. En Europa, hay un impulso particular hacia la creación de este tipo de normas, con leyes ya adoptadas en países como Francia, Alemania, los Países Bajos y Noruega. Así, esta obra colectiva pretende ofrecer una panorámica de conjunto de la debida diligencia obligatoria en derechos humanos, desde el análisis jurídico preciso del contexto normativo, integrando propuestas constructivas hacia el futuro que está por venir en Europa y en América Latina, y hasta incluso abarcar el estudio de la casuística más reciente y relevante en la materia.

DIRECCIÓN

Daniel Iglesias Márquez, Estrella del Valle Calzada y Maria Chiara Marullo.

AUTORES

Mikel Berraondo, Humberto Cantú Rivera, Federico Chunga Fiestas, Céline da Graça Pires, Estrella del Valle Calzada, Miguel Ángel Elizalde Carranza, Beatriz Flügel Assad, Adoración Guamán, Daniel Iglesias Márquez, Marouane Laabbas-El-Guennouni, Nerea Magallón Elósegui, Aintzane Márquez, Carmen Márquez Carrasco, Maria Chiara Marullo, Alexandre Moreno Urpí, Tatiana Sachs, Lorena Sales Pallarés, Tara Scally, Daniel Schönfelder, Sebastián Smart, Orencio Vázquez Oteo, Anna Luisa Walter De Santana y Francisco Javier Zamora Cabot.

PVP: 40,00 €

ISBN: 978-84-1194-232-4



9 788411 942324