

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.1.

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», *Akademia. 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 *Milieudefensie 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.: «*Milieudefensie & 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 MARTIN-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 comunique 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-undmenschrechte/monitoring-nap/2131054>.

limitada a ciertas áreas³¹. En un sentido similar, el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos señala que:

«[M]ás allá de un pequeño grupo pionero —en su mayoría grandes empresas radicadas principalmente en algunos mercados occidentales— en general las empresas poco saben y entienden qué significa la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos; esto se observa en especial en las más pequeñas. Además, la experiencia adquirida en los diálogos a nivel nacional indica que muchas empresas, en particular las pequeñas y medianas, consideran las expectativas de diligencia debida como una carga»³².

La implementación (efectiva) de los procesos de diligencia debida en derechos humanos es un ámbito de mejora. La mayoría de las empresas siguen siendo más reactivas que proactivas en la detección de los efectos potenciales sobre los derechos humanos antes de que se produzcan. Según el Grupo de Trabajo, lo anterior se debe a que las empresas no comprenden cabalmente qué es la diligencia debida en materia de derechos humanos. Esto tiene como consecuencia la falta de atención a los riesgos más importantes de derechos humanos, concentrándose en los riesgos que pueden ser relativamente fáciles de resolver; la realización de demasiadas evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos que se realizan como ejercicios simbólicos, sin una interacción significativa con las partes interesadas; y la insuficiente proactividad de las empresas en la detección de los efectos potenciales sobre los derechos humanos antes de que se produzcan³³. En el caso de las empresas que llevan a cabo sus procesos de diligencia debida, el Grupo de Trabajo identifica que la implementación de estos procesos suele estar limitada a las empresas de nivel uno, ya que son pocas las empresas que piden a los proveedores de nivel uno que demuestren que ellos cumplen con la responsabilidad de respetar los derechos humanos mediante el requisito de las evaluaciones de los riesgos e impactos en materia de derechos humanos³⁴.

Uno de los objetivos previstos para la segunda década de los Principios Rectores es lograr una mayor amplitud de las prácticas de diligencia debida en comunidad empresarial, más allá de los ejercicios de marcado de casillas (*tick-box exercise*) y de los riesgos reputacionales como incentivos para la implementación de los procesos. Para ello, se espera, entre otras cuestiones, que las principales organizaciones empresariales incluyan la diligencia debida en materia de derechos humanos como criterios explícitos de adhe-

31 Comisión Europea, *Study on due diligence requirements through the supply chain Part I: Synthesis Report*, disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/291b84d3-4c82-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>, p. 15.

32 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. 27.

33 *Idem*, párr. 25.

34 *Idem*, párr. 29.

sión, apoyados por la sensibilización y fomento de la capacidad para las empresas, incluidas las PYMES. Asimismo, los Estados deben promover que las empresas dispongan de políticas, mecanismos de diligencia debida en materia de derechos humanos y mecanismos de reclamación, o al menos las alienten públicamente a hacerlo.

Teniendo en cuenta, por un lado, que la implementación voluntaria de los procesos de diligencia debida por parte de las empresas es aún limitada e, incluso, simbólica en muchas ocasiones y, por otro lado, el llamamiento que hacen los Principios Rectores a los Estados a considerar una combinación inteligente de medidas —nacionales e internacionales, obligatorias y facultativas— para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas (comentario del Principio rector 3), han comenzado a surgir —a nivel internacional, regional y nacional— varios tipos de marcos regulatorios que buscan establecer la diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos, como se examina en los siguientes epígrafes.

2. La transición hacia la obligatoriedad de la diligencia debida en derechos humanos

Las iniciativas de *soft law* que promueven la implementación de los procesos de diligencia debida han sido clave hasta ahora para cubrir el vacío y hacer frente a la oposición frente a las obligaciones directas de las empresas en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la experiencia empírica y los datos sobre el alcance del enfoque voluntario de la implementación de la diligencia debida hacen inevitable y lógico el proceso de transición hacia la diligencia debida obligatoria. En este contexto, en los últimos años, se identifica una importante tendencia a recurrir a instrumentos normativos para obligar a las empresas a que aborden sus impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, según el Pilar II de los Principios Rectores. Se considera que estos instrumentos, guiados e inspirados en los estándares de *soft law*, no solo contribuyen a que las empresas implementen los procesos de diligencia debida, sino que establecen expectativas claras de lo que se espera de las empresas para que cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

A nivel nacional, sobre todo en el continente europeo y en otros Estados del Norte Global, la diligencia debida en derechos humanos ha sido contemplada en los planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos y, a su vez, ha dado lugar a desarrollos o propuestas de instrumentos normativos³⁵. Si bien los primeros desarrollos normativos se centraron en

35 IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: *La institucionalización de las iniciativas de promoción del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas*, Institut Català Internacional per la Pau, Madrid, 2019.

determinados sectores o productos básicos, así como en la transparencia para que las empresas que expliquen la manera en que llevan a cabo los aspectos respectivos de la diligencia debida en materia de derechos humanos, los desarrollos normativos más recientes han pasado a legislar procesos de diligencia debida más completos, ampliando al mismo tiempo el alcance de los sectores y los derechos humanos abarcados.

Al respecto, cabe mencionar la Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California (2010), la Ley sobre esclavitud moderna de Reino Unido (2015), la Ley del deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas controladoras de Francia (2017), la Ley sobre esclavitud moderna de Australia (2018), la Ley de diligencia debida en materia de trabajo infantil de los Países Bajos (2017), la Ley de transparencia de Noruega (2022), y, la Ley de diligencia debida empresarial en las cadenas de suministro de Alemania (2021). En otros países como Suiza, Australia, Bélgica y Finlandia, entre otros, se proponen iniciativas legislativas similares a las señaladas. Estas leyes y propuestas de leyes no solo ponen en práctica el Pilar II de los Principios Rectores, sino también aumentan la conciencia sobre la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en el nivel de adopción de decisiones de las empresas.

Durante la primera década de los Principios Rectores, estos desarrollos normativos se han considerado un paso importante para asegurar que las empresas cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Al respecto, el balance del décimo aniversario de los Principios Rectores señala que:

«Uno de los avances más notables de los diez últimos años es la comprensión cada vez mayor de la necesidad de establecer requisitos legales basados en los Principios Rectores. Ese “endurecimiento» es una evolución normal de las normas, que pasan de ser una práctica de unos pocos a una aceptación más amplia, a una norma voluntaria y luego obligatoria. Aunque cabe esperar esa evolución, suele ser muy lenta. El rápido surgimiento de un amplio consenso sobre la necesidad de establecer requisitos legales basados en los Principios Rectores —en la sociedad civil, las organizaciones sindicales y las instituciones nacionales de derechos humanos, a las que se han sumado un número significativo de inversores y de las propias empresas— es, por lo tanto, especialmente digno de mención, puesto que se están desarrollando esfuerzos de diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos a nivel nacional, regional e internacional»³⁶.

No obstante, también se han detectado resistencias a la diligencia debida obligatoria por parte de los Estados, al considerar que este tipo de medidas ponen en desventaja a sus empresas nacionales, como en el caso del Con-

36 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. 10.

sejo Federal suizo, que utilizó este argumento para justificar su oposición a la iniciativa popular de empresas responsables que imponía la obligatoriedad de establecer procesos de debida diligencia³⁷.

A pesar de lo anterior, se espera que, a lo largo de la segunda década de los Principios Rectores, se supere este tipo de argumentos en contra y que, por tanto, los Estados de todas las regiones avancen hacia desarrollos legislativos destinados a fomentar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, incluida, entre otras cosas, una diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos adaptada a su realidad nacional³⁸. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General núm. 24, sugiere que la adopción de leyes de diligencia debida obligatoria forma parte de su deber de proteger los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para ello, el Comité señala que:

«16. La obligación de proteger entraña el deber positivo de adoptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de vulneración de los derechos del Pacto, evitar que se conculquen esos derechos y responder de las consecuencias negativas que hayan provocado o contribuido a provocar sus decisiones y operaciones y las de las entidades que controlan en el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto. Los Estados deberían adoptar medidas como imponer los requisitos de la diligencia debida para prevenir las violaciones de los derechos del Pacto en la cadena de suministro de las empresas y por parte de los subcontratistas, proveedores, franquiciados u otros socios comerciales»³⁹.

El «endurecimiento» de la diligencia debida puede concebirse como una mayor credibilidad y compromiso tanto de los Estados como de las empresas para abordar las externalidades negativas de las actividades empresariales, sobre todo en el ámbito de empresas y derechos humanos, que es un ámbito tan controversial y en el que muchas veces hay una carencia de voluntad política. La obligatoriedad de la diligencia debida, por tanto, puede ser considerada como factor complementario para avanzar y extender el cumplimiento de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.

37 *Ibid.*, p. 11. Sobre la iniciativa suiza, véase, BUENO, N.: «The Swiss Popular Initiative on Responsible Business: From Responsibility to Liability», en: ENNEKING, L. et al. (eds), *Business Operations and the Law: Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, Routledge, 2019.

38 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.

39 Véase, *Observación general núm. 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*, 10 agosto 2017, E/C.12/GC/24.

Al respecto, cabe matizar que las leyes de diligencia debida obligatoria no son el objetivo final, sino que constituyen una pieza más de la combinación inteligente de medidas —nacionales e internacionales, obligatorias y facultativas— para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas. Por tanto, las leyes de diligencia debida obligatoria no solo complementan las iniciativas de *soft law*, sino también se nutren de ellas.

Las leyes adoptadas hasta el momento demuestran que no existe un modelo único para los instrumentos normativos de diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos. A nivel nacional es donde más se aprecia que cuando se implementa el Pilar II de los Principios Rectores vía instrumentos legislativos existe una amplia gama de posibilidades. A pesar de ello, es posible identificar algunos patrones y tendencias comunes en los enfoques gubernamentales y en los elementos sustantivos de las leyes de diligencia debida obligatoria.

3. *Lost in transition: entre avances y desafíos*

Tal y como se ha referido, puede constatarse que el concepto de diligencia debida en derechos humanos⁴⁰ centra prácticamente la totalidad de las iniciativas en las que se trabaja a la fecha y que en algunas geografías ya comienzan a ser de aplicación obligatoria⁴¹. Este concepto ha venido a tratar de cubrir la incapacidad de las normas de *soft law* para lograr establecer un marco de respeto de los derechos humanos por parte de las entidades empresariales. Sin embargo, lo cierto es que la transición hacia la imposición de estos sistemas regulatorios plantea todavía numerosos desafíos de calado pendientes de resolver.

La relevancia que ha adquirido en los últimos tiempos la diligencia debida empresarial puede asentarse, en primer lugar, en su carácter normativo obligatorio y vinculante —*rara avis* en una temática dominada por instrumentos de *soft law*—; y en segundo lugar, en su carácter preventivo. El eje central de las normas de diligencia debida en derechos humanos es el desarrollo

40 Para un estudio completo, véase, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: *Diligencia debida en derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Tirant lo Blanch, 2022.

41 Pese a la clara tendencia a priorizar la debida diligencia empresarial, prosigue la iniciativa de elaborar un instrumento jurídico vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos, negociado en el marco de las Naciones Unidas. Aunque inicialmente se planteaba como la propuesta más garantista en la lucha contra la impunidad empresarial, lo cierto es que tras nueve sesiones y varios borradores presentados, sus objetivos se han mismo minimizados sustancialmente; entre otros, alejándose de la imposición directa de obligaciones a las empresas y volviendo a recurrir al enfoque de las obligaciones estatales. Para el seguimiento de las negociaciones, visítase: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>.

de procesos necesarios para promover la vigencia de los derechos potencialmente afectados⁴². Si bien se define como un fin loable, necesariamente deberá implicar —y así se prevé— un ejercicio constante de monitoreo de su implementación y de revisión de su contenido. El objetivo debe ser siempre la eficacia de dichos planes de identificación, prevención, mitigación y cesación de efectos adversos de las actividades empresariales en los derechos humanos. Es por ello por lo que el desafío real se encuentra en su implementación eficaz, logrando sobrepasar las meras formalidades y siendo capaces de lograr los objetivos que motivan su desarrollo.

Las iniciativas obligatorias en esta materia han ido surgiendo desde contextos normativos nacionales: normas que pretenden regular relaciones que son esencialmente transnacionales pero sometidas al anclaje normativo en el ordenamiento jurídico de un determinado Estado. El surgimiento de estas normas es prueba de avance por el cambio de tendencia que ha generado, pero su dispersión normativa es criticada por el riesgo que genera para la seguridad jurídica y la competencia empresarial, especialmente en el seno de la Unión Europea. Este motivo de preocupación llevó a las instituciones europeas a trabajar en una iniciativa normativa compartida de obligatorio cumplimiento para todos los Estados Miembros, con una primera propuesta del Parlamento Europeo en el año 2021, seguida de la Propuesta de Directiva de la Comisión en el año 2022, y con su aprobación final y definitiva en abril de 2024⁴³.

No es óbice mencionar que alcanzar una homogeneidad normativa —que aunque de mínimos, no en demasía— es un objetivo deseable desde los comienzos del debate en torno a la atribución de obligaciones a las entidades empresariales en materia de respeto y protección de los derechos humanos. Entre otros motivos, para evitar complejas estructuras normativas que desaten vacíos de impunidad, así como para garantizar la seguridad jurídica y mantener condiciones equilibradas para la competencia empresarial.

Junto a la dispersión normativa, otro desafío compartido por las iniciativas presentadas a la fecha radica en la determinación del ámbito de aplicación de las normas: es decir, la extensión de los eslabones de la «cadena de valor» a los que resultará de aplicación la obligación de control. Es en esta cuestión en la que se identifica una de las claves de la eficacia o ineficacia de las normas. El debate abarca desde la defensa de la exclusiva inclusión de entidades transnacionales —las que acompañan las graves vulneraciones de derechos cuya impunidad se pretende combatir—, a la extensión también a las pequeñas y medianas empresas.

42 SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J. B.: «El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos», *Trabajo y Derecho*, 14, 2021, 1-7.

43 EUROPEAN PARLIAMENT: «Due diligence: MEPs adopt rules for firms on human rights and environment», Press Releases, 24.04.2024, disponible en <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240419IPR20585/due-diligence-meps-adopt-rules-for-firms-on-human-rights-and-environment>.

También resulta complejo determinar con exactitud la delimitación de las entidades empresariales obligadas por las normas de diligencia debida. Es habitual recurrir a criterios tales como el número de personas trabajadoras o las cifras de facturación anual, de forma separada, compartida o alternativa. Asimismo, y con carácter relevante, se discute la decisión sobre la afectación a la sociedad matriz y/o a sus filiales nacionales o extranjeras, determinando hasta dónde abarcan las obligaciones de vigilancia y control. Encontramos aquí otro de los elementos nucleares a todas las normas negociadas, en particular la Directiva europea. Durante las negociaciones se fue evolucionando desde una amplia referencia a la «cadena de valor» a un criterio más restrictivo como «cadena de actividades», si bien finalmente parece que se ha logrado integrar a socios comerciales incluidos en las fases anteriores y posteriores de la cadena.

La discusión en torno al diseño de los procesos de debida diligencia conduce necesariamente a hablar sobre la necesaria implicación de las partes interesadas. Desde el contenido de los mismos Principios Rectores se hacía incidencia en la necesidad de incluir a los grupos potencialmente afectados por las actividades empresariales y otras partes interesadas en el diseño de los procesos de debida diligencia por medio de consultas directas (Principio rector 18, entre otros). Reforzar su participación garantiza mejores resultados en los procesos diseñados, en tanto se asegura la información relativa a las necesidades planteadas por los propios colectivos afectados por las actividades empresariales. Al tiempo, la descripción de este concepto de partes interesadas es relevante por cuanto determina aspectos cruciales de las obligaciones atribuidas a las empresas. Su definición ha planteado problemas desde su inclusión en la norma francesa, en la que se refiere a que será elaborado «en asociación con las partes interesadas de la sociedad». También durante las negociaciones de la Propuesta de Directiva la definición y el rol desarrollado por las partes interesadas ha sido uno de los elementos objeto de debate por parte de las instituciones involucradas en el procedimiento legislativo: desde una posición más restrictiva y limitada del Consejo Europeo y de la Comisión, a un enfoque más expansivo del Parlamento Europeo. Todo ello, sobre la base de la definición de «partes interesadas» que finalmente recoge el artículo 3 y el detalle de su participación en el artículo 8.d.

Otra cuestión relevante que abordar es la oportunidad que puedan proporcionar las normas de diligencia debida obligatoria en términos de acceso a la justicia para las víctimas. Sabemos que unido a las vulneraciones de derechos humanos que se producen en el contexto de la actividad empresarial, una de las principales fallas se encuentra en la sistémica impunidad corporativa: los obstáculos en el acceso a la justicia por parte de las personas afectadas a razón de esa diseñada «arquitectura jurídica de la impunidad»⁴⁴. El acceso a

44 HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., GONZÁLEZ BRIZ, E., RAMIRO PÉREZ, P.: «Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad. Responsabilidad social corporativa, lex mercatoria y derechos humanos», *Revista de Economía Crítica*, 28, 2019, pp. 41-54.

la justicia y la tutela judicial efectiva se configuran como derechos fundamentales que se vulneran de forma persistente cuando existe una confrontación con el binomio empresas y derechos humanos. En este ámbito, la denegación de la justicia queda convertida en una práctica recurrente que revictimiza a las personas y comunidades afectadas. Esta situación, entre otros motivos, es provocada por obstáculos legales y procesales derivados de las complejas estructuras societarias de las entidades transnacionales, a la falta de voluntad de los Estados de asumir y ejecutar sus obligaciones de protección extraterritorial y a la ausencia de normativa vinculante en la materia⁴⁵.

En este sentido, el auge de las iniciativas en materia de diligencia debida despertó expectativas sobre su posible capacidad para hacer frente a esta lacra. Sin embargo, debe recordarse que si bien la diligencia debida parece abrir una posibilidad de acceso a la justicia, lo hace dentro de su limitado objeto; esto es, en caso de incumplimiento de las estrictas obligaciones de identificación, prevención, mitigación y cesación de riesgos o efectos adversos para los derechos humanos.

Sin perjuicio de derivar posibles responsabilidades de carácter administrativo, el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, cuando va acompañado de la causación de daños con los que exista nexo de causalidad, podrá motivar una acción judicial de responsabilidad civil. Si bien se trata de un acceso a la justicia limitado, en el que no se ven afectadas las normas de litigación transnacional que vienen obstaculizando los procesos perseguidos en las últimas décadas —relativas a la competencia judicial y a la elección del foro—, puede considerarse un avance respecto a la situación de partida. Entre otras razones, porque gracias a la atribución de obligaciones respecto a toda una cadena de valor se facilita la acreditación de las relaciones de dependencia y control entre entidades matrices y filiales, alterando así, de forma incipiente, el principio de personalidad jurídica propia y de responsabilidad patrimonial separada⁴⁶.

45 Véase, ÁLVAREZ RUBIO, J. J. y YANNIBAS, K.: *Human Rights in Business. Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, 2017.

46 Es en este avance en el que, dentro del ámbito normativo de la Unión Europea, se invoca una revisión del Reglamento (UE) 1215/2012. Véase, DURÁN AYAGO, A.: «Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el Derecho Internacional Privado europeo a propósito de una Propuesta de Directiva en el aire», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 329-257, 2022, p. 341.

4. La reciente Directiva europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

Al cierre editorial de esta obra, la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad ya es una realidad. El proceso normativo avanzó de forma pausada, desde la presentación de la propuesta por parte de la Comisión en febrero de 2022 hasta el mes de abril de 2024 en el que se sometió a la votación final del Parlamento Europeo.

El recorrido de su negociación fue tortuoso y complejo. En diciembre de 2023, y después de su debate y votación en diversas comisiones, el Parlamento Europeo aprobó el texto enmendado. La Presidencia Española del Consejo, ejercida durante el segundo semestre del año 2023, impulsó un acuerdo provisional en diciembre de 2023 entre el Parlamento y el Consejo⁴⁷. Sin embargo, el texto acordado, rompiendo con la práctica habitual de las instituciones, no obtuvo la mayoría en su votación del Consejo Europeo del mes de febrero. Esta obstrucción provocó que el texto se viera alterado por modificaciones de última hora, no previstas en el acuerdo provisional. Entre otros, Francia acabó condicionando su voto a la reducción del ámbito de aplicación de la norma, elevando los umbrales del número de trabajadores y trabajadoras de 500 a 1000, y haciendo también lo propio con los niveles de facturación. En la práctica, este cambio reducirá sustancialmente el ámbito de aplicación de la norma europea.

Tras este escollo, el 15 de marzo de 2024 el COREPER logró desbloquear el proceso y respaldar el contenido definitivo de la norma⁴⁸. El 19 de marzo se celebró la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (JURI), encargada de pasar aprobación al documento definitivo. Finalmente, en los días previos al cierre de esta obra, el 24 de abril de 2024 la norma fue aprobada por el plenario del Parlamento Europeo como paso final del proceso legislativo.

A pesar de las limitaciones intrínsecas de la Directiva, se trata de un hito importante en el ámbito de empresas y derechos humanos, que ofrece nuevas oportunidades para asegurar que las empresas europeas respeten los derechos humanos y protejan el medio ambiente en sus actividades globales. Este instrumento de derecho derivado de la Unión Europea puede ser un

47 DEL VALLE CALZADA, E.: «La acción de la Unión Europea en materia de empresas y derechos humanos. Avances y desafíos para la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea», en: ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y ESTEVE MOLTÓ, J. E.: *Retos y oportunidades de la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 399-424.

48 Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 15.3.2024, disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6145-2024-INIT/en/pdf>.

detonante y una inspiración para que otros Estados en otras regiones adopten instrumentos normativos similares, que formen parte de la combinación inteligente de medidas voluntarias y obligatorias. Incluso puede ser un desarrollo decisivo para que otros Estados avancen en los procesos de adopción de las propuestas formuladas por diversos actores de interés en la materia. En este sentido, en América Latina, a día de hoy, aún no hay leyes de diligencia debida adoptadas, pero en países como México y Perú se han formulado algunas iniciativas por partidos políticos o por la sociedad civil⁴⁹. El reciente avance alcanzado en Europa, por tanto, puede ser un aliciente para iniciar los procesos legislativos correspondientes. Incluso, la Directiva debe ser tomada como ejemplo de buenas lecciones y retos pendientes para que las nuevas leyes de diligencia debida no reproduzcan los mismos vacíos y deficiencias.

Para avanzar en instrumentos normativos más rigurosos y adaptados al contexto nacional de los Estados de América Latina, se deben tomar en consideración las orientaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos promueve que los Estados adopten medidas de diligencia debida en derechos humanos. La sentencia *Buzos Miskitos (Lemoth Morris et al.) v. Honduras* señala que:

«Los Estados deben adoptar medidas destinadas a que las empresas cuenten con: a) políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; b) procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y c) procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando estas afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad. El Tribunal considera que, en este marco de acción, los Estados deben impulsar que las empresas incorporen prácticas de buen gobierno corporativo con enfoque stakeholder (interesado o parte interesada), que supongan acciones dirigidas a orientar la actividad empresarial hacia el cumplimiento de las normas y los derechos humanos, incluyendo y promoviendo la participación y compromiso de todos los interesados vinculados, y la reparación de las personas afectadas»⁵⁰.

49 Véase, *Proyecto de decreto por el que se crea la Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida Diligencia Corporativa*, disponible en: https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/112449. Véase, *Proyecto de ley que regula la actividad empresarial y la debida diligencia en materia de derechos humanos y ambiente*, disponible en: <https://derechosenemergencia.dhperu.org/wp-content/uploads/2022/11/PROYECTO-LEY-DEBIDA-DILIGENCIA.pdf>.

50 Véase, *Caso de los buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia de 31 de agosto de 2021, párr. 49.

Las posibles leyes de diligencia debida obligatoria en América Latina pueden superar las limitaciones de la Directiva y de las leyes europeas de diligencia debida obligatoria, teniendo en cuenta que los estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos establecen temas y elementos transversales que deben ser tomados en consideración por los Estados en la adopción de medidas políticas o normativas en la materia⁵¹. Algunos de los temas son la centralidad de la persona y de la dignidad humana; la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos; la igualdad y no discriminación; el derecho al desarrollo; el derecho a defender los derechos humanos; el cambio climático y medio ambiente; la transparencia y acceso a la información; la consulta libre, previa e informada y mecanismos generales de participación; la prevención y debida diligencia en materia de derechos humanos; rendición de cuentas y efectiva reparación; extraterritorialidad; o el combate a la corrupción y a la captura del Estado.

Al respecto, una de las cuestiones pendientes y donde queda mucho trabajo por hacer es en relación con el acceso a la justicia de las personas afectadas por las actividades empresariales. Tanto las leyes nacionales como la Directiva tienen avances muy limitados por lo que se mantienen muchos de los obstáculos persistentes que enfrentan las personas afectadas por las actividades empresariales, como la falta de voluntad política para enfrentar casos en los que están implicadas grandes empresas, la «captura corporativa», los costos para acceder a los mecanismos de reparación, que pueden ser elevados, la falta de asesoría jurídica gratuita para algunos procesos, o las posibles represalias que pueden enfrentar las personas que interponen las acciones, entre otras cuestiones.

Más allá de la centralidad de la diligencia debida, y pese a los avances que se puedan derivar de su implementación, en los que sin duda se están focalizando todos los esfuerzos, deberá asegurarse que esta iniciativa no quede convertida en una vía para evadir la responsabilidad por las vulneraciones cometidas o con la que se pueda lograr la exoneración⁵². Es nuclear establecer sistemas que permitan regular la conducta empresarial con carácter preventivo y a lo largo de toda la cadena de valor, si bien en ningún caso podrá abandonarse la preceptiva pretensión de asegurar el acceso de las víctimas a la justicia y a la reparación.

51 IGLESIAS MÁRQUEZ, D.: «Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas», Anuario de Derechos Humanos, vol. 2016, núm 2., 2020, pp. 347-379.

52 Para enfoques críticos con el resultado final de la Directiva, véase, entre otros: GONZÁLEZ, E., HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. RAMIRO, P. y URBÁN, M.: «Diligencia debida, nada que celebrar», Diario Público, 23 de abril de 2024, disponible en <https://blogs.publico.es/otras-miradas/82519/diligencia-debida-nada-que-celebrar/>; Comunicado de la Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner Fin a la Impunidad, «Ni diligente ni debida: la directiva de la UE, una pseudo-regulación insuficiente», 22 de abril de 2024, disponible en <https://omal.info/spip.php?article10121>.

Sobre la obra colectiva

No podíamos finalizar este estudio introductorio sin realizar una sucinta presentación de los capítulos que integran esta obra, que calificamos del máximo interés científico gracias a la calidad investigadora de sus autoras y autores. Pese a que el proceso de edición de esta obra finalizó ya bien entrado el año 2024, las contribuciones fueron presentadas a finales de 2023. Este hecho, si bien no resta un ápice de vigencia, calidad y actualidad a las aportaciones, motiva que no se haya podido incluir un análisis detallado de los más recientes acontecimientos, entre ellos, la aprobación definitiva de la Directiva europea a la que en numerosas ocasiones se refiere en la obra. Bien es sabido que su proceso legislativo ha devenido largo y complejo, lo cual permite dar cuenta de la importancia de su definitiva aprobación y del interés de todo el seguimiento de su negociación, recogido en las contribuciones aquí presentadas.

Esta obra colectiva queda dividida en tres grandes bloques temáticos que pretenden ofrecer una panorámica de conjunto de la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos, desde el análisis jurídico preciso del contexto normativo, integrando propuestas constructivas hacia el futuro que está por venir, y hasta incluso abarcar el estudio de la casuística más reciente y relevante en la materia.

Los tres grandes apartados refieren a (i) Legislación y propuestas legislativas de diligencia debida en derechos humanos; (ii) Diligencia debida en derechos humanos en contextos y sectores específicos; y (iii) Estudios de casos: responsabilidad, acceso a la justicia y diligencia debida en derechos humanos.

Las contribuciones que integran la primera parte de esta obra profundizan y reflexionan sobre las propuestas normativas surgidas en contextos nacionales y en el ámbito regional europeo, así como en el potencial alcance y en los principales elementos que componen este tipo de regulación de la conducta empresarial. Así, en el primer capítulo de esta obra, Humberto Cantú Rivera (Universidad de Monterrey) reflexiona sobre dos conceptos cardinales en la regulación de la actividad empresarial en un mundo sin fronteras económicas: la transnacionalidad y la extraterritorialidad. El autor lleva a cabo una relectura de estos conceptos para abordar las oportunidades y las limitaciones para avanzar en la regulación empresarial para la prevención y reparación de abusos a los derechos humanos en el contexto de la transnacionalidad económica. Al respecto, Carmen Márquez Carrasco (Universidad de Sevilla) analiza en el segundo de los capítulos los elementos más relevantes de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial desde el enfoque jurídico transnacional. La autora reflexiona sobre el contenido de la propuesta normativa y sus implicaciones transnacionales, en particular, en lo relativo a las normas de diligencia debida basadas en el riesgo con efectos transnacionales.

Este estudio de la iniciativa europea abre paso a otros capítulos con enfoque nacional. En la tercera contribución, Céline da Graça Pires (NOVA Centre for Business, Human Rights and the Environment) y Daniel Schönfelder (Responsible Contracting Project) realizan un estudio comparativo entre la ley francesa de deber de vigilancia y la ley alemana de cadenas de suministro, poniendo en valor sus principales aciertos y cuestionando sus debilidades. Tras ello, Tara Scally pasa a analizar las oportunidades que presenta la legislación de diligencia debida en Países Bajos, para tras ello, en el siguiente capítulo, adentrarnos en una aproximación al borrador de anteproyecto de ley española con una mirada desde la ley francesa. Este capítulo, bajo autoría de Adoración Guamán (Universitat de València) y Tatiana Sachs (Université Paris Nanterre), parte de la concepción de la diligencia debida como piedra angular de la discusión actual, asumiendo el primer hito que supuso la norma francesa. Tras realizar un detallado análisis de su contenido y de su aplicación, se analizan las oportunidades que pudiera plantear otro modelo normativo en construcción, el español. Desde la base de este contexto, Nerea Magallón Elósegui (Universidad del País Vasco) desarrolla en profundidad la futura ley española, contextualizando la propuesta y sus objetivos y analizando los mecanismos de implementación que se proyectan.

Finalmente, esta primera parte centrada en el análisis normativo necesariamente tenía que incluir iniciativas surgidas en otras geografías, y en particular, en América Latina. A tal fin, Sebastián Smart (Anglia Ruskin University) hace lo propio desde los trabajos avanzados en Chile. Partiendo del contexto normativo internacional y regional americano, el autor analiza las propuestas legislativas en las que se está trabajando en el país, desde los Planes de Acción Nacional sobre derechos humanos y empresas hasta los intentos de avanzar hacia la debida diligencia obligatoria. Por su parte, Federico Chunga Fiestas se aproxima a las propuestas surgidas en Perú y, en concreto, a las oportunidades que ha despertado la aprobación en el año 2021 del primer Plan de Acción Nacional y la reciente propuesta de ley de diligencia debida presentada por la Plataforma de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos de Perú.

La segunda parte de esta obra colectiva tiene por objeto analizar propuestas regulatorias de carácter sectorial, así como otras iniciativas y enfoques novedosos. En primer lugar, Francisco Javier Zamora Cabot (Universitat Jaume I) y Lorena Sales Pallarés (Universidad de Castilla-La Mancha) analizan con enfoque crítico el avance de los minerales en transición en sede del proceso de descarbonización mundial. Seguidamente, Alexandre Urpí Moreno (Universitat Rovira i Virgili) dedica su capítulo al progreso en la erradicación del trabajo forzoso en la Unión Europea, con referencia particular a la reciente propuesta de Reglamento sobre productos con trabajo forzoso y a sus «luces y sombras». También se aborda el sector de la tecnología, en este caso de la mano de Anna Luisa Walter de Santana y Beatriz Flügel Assad

(Pontificia Universidad Católica del Paraná). Las autoras analizan el impacto general de las empresas de tecnología en los derechos humanos para pasar después a centrarse en el estudio de la Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea y las obligaciones en materia de diligencia debida empresarial que incorpora.

Esta segunda parte finaliza con dos capítulos de temática singular, que aportan nuevas perspectivas de estudio a la materia. Por un lado, Orencio Vázquez Oteo (Universidad Nacional de Educación a Distancia) dedica su contribución a las oportunidades que ofrece la normativa sobre información no financiera en la gestión de impactos de derechos humanos. En particular, analiza los aspectos requeridos por la Ley 11/2018 y su cumplimiento por parte de las empresas del IBEX 35. Por otro lado, y poniendo cierre a esta segunda parte, Marouane Laabbas-El-Guennouni (Universitat Rovira i Virgili) analiza la protección de derechos laborales y ambientales a través del contexto normativo que proporcionan los acuerdos marco internacionales y los acuerdos de libre comercio.

Con la finalidad de profundizar en el estudio desde un enfoque aplicado, esta obra finaliza con una tercera parte dedicada a cuatro estudios de caso. El estudio comienza con la contribución de Lorena Sales Pallarés (Universidad de Castilla-La Mancha), quien lleva a cabo un análisis evolutivo de dos casos paradigmáticos llevados ante diferentes jurisdicciones: el caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) c. Honduras, con sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el caso *Envol Vert et al. c. Casino*, ante la jurisdicción francesa en invocación de la ley del deber de vigilancia empresarial. El siguiente capítulo, presentado por Miguel Ángel Elizalde Carranza (Universitat Oberta de Catalunya), examina relevantes cuestiones que ponen en conexión la actividad de empresas estatales petroleras y la figura jurídica de la inmunidad estatal. Para ello, analiza en profundidad el estatuto jurídico aplicable y concluye con un repaso por diferentes causas judiciales, en particular litigios climáticos, en los que esta figura legal puede resultar determinante.

Seguidamente, aunque cambiando de línea temática, Aintzane Márquez (Universidad Carlos III de Madrid y Centre for Research on Multinationals [SOMO]) analiza en su contribución la potencialidad del litigio estratégico desde el enfoque feminista e interseccional refiriendo a diferentes casos de responsabilidad empresarial en materia de derechos sexuales y reproductivos; en particular, son objeto de su estudio el caso chileno de los lotes defectuosos de anticonceptivos, llevado ante los mecanismos especiales de las Naciones Unidas, el caso de Yaneth Valderrama y el impacto del glifosato, llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por responsabilidad estatal, y el caso Kabwe, una demanda colectiva interpuesta en los tribunales sudafricanos por contaminación ambiental masiva.

Finalmente, esta tercera parte concluye con la contribución de Mikel Berraondo (Akuaiipa Transformation). Su capítulo se centra en la problemá-

tica sufrida por el pueblo Wayuú, en la Guajira colombiana, actualmente asediado por la instalación forzosa de parques eólicos por parte de numerosas empresas europeas que no respetan los estándares básicos de diligencia debida empresarial ni los derechos a la fecha ya consolidados de las comunidades indígenas.

Cabe mencionar que esta obra colectiva se erige como el primer número de una colección que auguramos de gran prestigio editada por la Editorial Colex, y que lleva por título «Estudios de Empresas, Derechos Humanos y Medio Ambiente». La publicación de la presente obra se realiza en el marco de los proyectos de investigación «Acceso a la justicia en el contexto de abusos corporativos: la litigación como estrategia de resistencia y de empoderamiento a las víctimas (ACCJUSTEDH)» (ref: ICI023/23/000001), financiado por el *Institut Català Internacional per la Pau*, y «Oportunidades y desafíos en la implementación de las normas de debida diligencia empresarial en materia de Derechos humanos y medio ambiente» (ref: CIGE/2022/63), financiado por la *Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat digital de la Generalitat Valenciana*. Gracias al trabajo desarrollado en el marco de los mencionados proyectos, se ha podido crear un valioso espacio de discusión y debate interdisciplinar en torno a la materia, poniendo en conexión perspectivas de carácter jurídico, social y económico, tal y como recoge el resultado final de la presente obra. Esperamos que esta aportación se convierta en un material de interés para el estudio de las personas y entidades que trabajen esta materia, por la calidad científica de todos los autores y autoras, la excelencia de sus contribuciones y la actualidad de las temáticas. Aprovechamos este espacio para mostrar nuestro más sincero y sentido agradecimiento a todas las personas participantes.