

Hacia la diligencia debida obligatoria en las cadenas mundiales de suministro



Índice

Introducción	5
Marcos internacionales para la diligencia debida respecto a los derechos humanos	6
Progresos legislativos en cuanto a leyes nacionales de diligencia debida	8
Ocho componentes de una legislación efectiva sobre diligencia debida obligatoria	12

INTRODUCCIÓN

La pandemia de la COVID-19 ha puesto de manifiesto una vez más la fragilidad de las cadenas mundiales de suministro y los enormes riesgos para los derechos humanos y sindicales en una economía global altamente interconectada, que no se rige por los principios del Estado de derecho.

Con la caída mundial de la demanda como resultado de la pandemia, muchas compañías han puesto término de golpe a la contratación de bienes y servicios, llegando incluso a no respetar los compromisos contraídos previamente, lo que ha tenido un impacto desastroso para los trabajadores en las cadenas mundiales de suministro. En Bangladesh, más de la mitad de los proveedores en el sector de la confección¹ informaron que la producción en proceso o ya completada había sido cancelada, lo que supuso masivas pérdidas de puestos de trabajo y trabajadores en suspensión temporal. Más del 98,1% de los compradores se negaron a contribuir al costo que representó el pago de los salarios parciales a los trabajadores suspendidos, tal como requiere la legislación nacional. El 72,4% de los trabajadores suspendidos fueron enviados a casa sin cobrar².

Conforme se extienden las consecuencias económicas de la pandemia, años de promesas de responsabilidad social corporativa voluntaria por parte de las empresas se han desvanecido de la noche a la mañana. En ausencia de un marco normativo apropiado, las compañías globales han podido evadir responsabilidades hacia los trabajadores que producen los bienes y proporcionan los servicios que les permiten obtener enormes beneficios.

Hoy en día, el 94% de los trabajadores que producen bienes o proporcionan servicios para compañías globales forman parte de una mano de obra oculta y no están contratados directamente por su principal empleador. En lugar de eso, la mayoría de estos trabajadores están expuestos a condiciones de trabajo precarias sin tener acceso a posibles remedios, debido a una oscura red mundial de operaciones y negocios diseñada para proteger a las empresas de tener que rendir cuentas.

A fin de asegurar que la economía global no sólo sea resiliente sino que además conduzca al progreso social, los Gobiernos tienen que adoptar ya mismo medidas legislativas decisivas para regular el comportamiento de las empresas respecto a todas sus operaciones y actividades.

La introducción de la diligencia debida obligatoria en la legislación nacional aportaría por primera vez a los trabajadores el marco legal necesario para obtener reparación, independientemente de donde esté establecido su empleador, impidiendo así que las compañías eludan sus responsabilidades, no solo hacia sus trabajadores sino hacia la sociedad y el planeta en general. Dentro de los grupos multinacionales, debería exigirse a la “casa matriz” que haga todo lo que esté en su poder para garantizar que sus subsidiarios cumplan con ciertos requisitos; y en las cadenas mundiales de suministro, la “compañía principal” debería estar obligada a asegurarse, al imponer sus condiciones al subcontratista o proveedor de servicios, de que los derechos humanos sean plenamente respetados en toda la cadena.

¹ El 45,8% de los proveedores indicaron que ‘gran parte’ o ‘la mayoría’ de los pedidos casi o totalmente completados fueron cancelados por sus compradores; 5,9% registraron una cancelación total de pedidos.

² Mark Anner, *Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains*, Center for Global Workers’ Rights, 27 de marzo de 2020 (<https://www.workersrights.org/wp-content/uploads/2020/03/Abandoned-Penn-State-WRC-Report-March-27-2020.pdf>).

Marcos internacionales para la diligencia debida respecto a los derechos humanos

El deber de practicar la diligencia debida respecto a los derechos humanos, a fin de garantizar que las entidades corporativas actúen proactivamente para prevenir el riesgo de que se produzcan violaciones de los derechos humanos en sus relaciones comerciales no es algo nuevo. El concepto se introdujo por primera vez en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PRNU) en 2011³, como un componente de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Desde entonces, se ha incorporado en distintos procesos y foros, incluyendo las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, la Declaración Tripartita de Principios de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social, y el Marco de Sostenibilidad de la Corporación Financiera Internacional –entidad del Grupo Banco Mundial que otorga créditos al sector privado–.

En 2018, la OCDE adoptó la Guía de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, donde se incluye una guía paso a paso del proceso que deben llevar a cabo las empresas para evitar que sus actividades infrinjan los derechos de otros y hacer frente a sus posibles impactos negativos, mediante identificación, prevención, mitigación y explicando cómo abordan sus consecuencias adversas sobre los derechos humanos:

- incorporar la conducta empresarial responsable a las políticas y sistemas de gestión;
- identificar y evaluar los impactos negativos reales y potenciales asociados a las actividades, productos o servicios de la empresa;
- detener, prevenir y mitigar los impactos negativos;
- hacer un seguimiento de la implementación y los resultados;
- informar sobre cómo se abordan los impactos; y
- reparar o colaborar en la reparación del impacto cuando corresponda.

Sin embargo, pese a existir orientaciones claras sobre cómo poner en práctica la diligencia respecto a los derechos humanos y que muchas compañías hayan manifestado públicamente su compromiso en ese sentido, las prácticas empresariales lamentablemente no han cambiado lo suficiente y se limitan a instrumentos no vinculantes.

Corporate Human Rights Benchmark, que realiza evaluaciones comparativas en base a informes públicos de las empresas respecto a sus prácticas en cuanto a derechos humanos, reveló que la mitad de las empresas⁴ evaluadas no cumplían ninguno de los criterios establecidos en los PRNU y la Guía de la OCDE como parte de un proceso efectivo de diligencia debida. Nueve de cada diez empresas apenas habían adoptado la mitad de las medidas necesarias para garantizar la debida diligencia.

50% de las empresas evaluadas no contaban con un proceso efectivo de diligencia debida.

Corporate Human Rights Benchmark.

En un estudio realizado por la Comisión Europea sobre opciones para regular la debida diligencia, solo un tercio de las empresas encuestadas indicaron estar aplicando procesos de debida diligencia. En ese mismo estudio, el 70% de las empresas europeas se mostraron de acuerdo en que una normativa a nivel de la UE respecto a diligencia debida obligatoria en cuanto al impacto sobre los derechos humanos y el medio ambiente podría aportarles beneficios⁵.

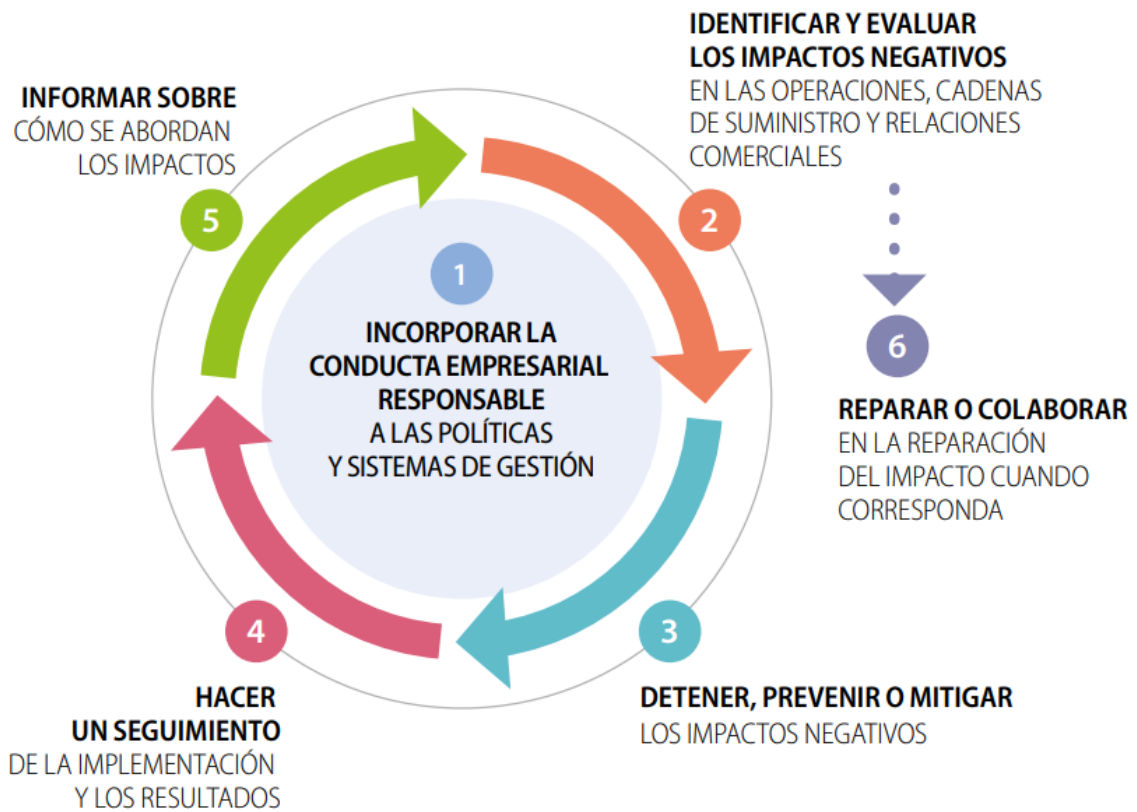
Y el 25 de marzo de 2019, la Alianza de Inversores para los Derechos Humanos, en nombre de un grupo de inversores que representan 1,3 billones de USD en acciones, reclamó una mejor diligencia debida por parte de los inversores para hacer frente a los

3 Principios 15-24

4 49% puntuaron 0 en todos los indicadores relativos al proceso de diligencia debida respecto a los derechos humanos, Conclusiones clave del Informe 2019, Corporate Human Rights Benchmark (<https://www.corporatebenchmark.org/sites/default/files/2019-11/CHRB2019KeyFindingsReport.pdf>).

5 Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores, Estudio sobre los requerimientos de debida diligencia a lo largo de las cadenas de suministro, 20 de febrero de 2020 (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>).

Fig. 1. Proceso de debida diligencia y medidas de apoyo



Fuente: Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable (2018).

riesgos medioambientales, sociales y de gobernanza –incluyendo riesgos para los derechos humanos– en todo el ciclo de vida de las inversiones. Pedía específicamente a los Gobiernos que apoyasen la diligencia debida de los inversores mediante una mejor regulación de los sistemas financieros⁶.

Solo 1/3 de las empresas encuestadas indicaron aplicar algún tipo de diligencia debida.
Comisión Europea.

⁶ Investor Alliance for Human Right (Alianza de Inversores para los Derechos Humanos, 25 de marzo de 2019 (<https://investorsforhumanrights.org/news/investors-representing-1.9-trillion-voice-support-legislation-mainstream-esg-risk-management>))

Progresos legislativos en cuanto a leyes nacionales de diligencia debida

La introducción de diligencia debida obligatoria está siendo debatida en al menos 18 jurisdicciones, además del compromiso manifestado por la Unión Europea de adoptar una legislación a nivel de la UE⁷.

País	Nombre de la legislación	Contenido de la legislación	Estatus
Austria	Propuesta de “Ley de Responsabilidad Social” de 2018	La debida diligencia específica para las empresas, tales como el análisis de riesgos, tiene por objeto evitar que se vendan prendas y zapatos producidos mediante el trabajo infantil o el trabajo forzoso. La ley prevé medidas cautelares y la anexión de los beneficios obtenidos de bienes sospechosos por hasta cinco años para financiar objetivos de responsabilidad social corporativa.	Proyecto de ley parlamentaria presentado
Australia	Proyecto de ley sobre la esclavitud moderna 2018	La ley propuesta requeriría que las entidades australianas con ingresos anuales superiores a los 100 millones de dólares australianos informen anualmente sobre los riesgos de esclavitud moderna en sus actividades y cadenas de suministro, así como las medidas para abordar estos riesgos. Este requisito también se aplica a las entidades corporativas gubernamentales.	Aprobado y vigente
Bélgica	No existe una legislación específica	En abril de 2019, las organizaciones de la sociedad civil publicaron una carta abierta en la que pedían una ley belga que obligara a las empresas a llevar a cabo la debida diligencia en relación con los derechos humanos. En diciembre de 2019, el Viceprimer Ministro y el Ministro de Finanzas y Cooperación para el Desarrollo de Bélgica expresaron su apoyo a una ley sobre debida diligencia de la dirección corporativa a nivel de la Unión Europea.	Movimiento de la sociedad civil
California	Ley de transparencia en las cadenas de suministro de 2010	Los minoristas y fabricantes con ingresos brutos de 100 millones de USD deben divulgar en sus sitios web o mediante informe escritos las medidas tomadas para “erradicar la esclavitud y la trata de personas de su cadena de suministro directo de bienes tangibles que se tienen para la venta”.	El proyecto de ley 657 del Senado del estado de California se promulgó en 2010 y entró en vigencia en 2012.
Canadá	Decreto (Order in Council) (2019-1323)	El Defensor del Pueblo Canadiense para la Empresa Responsable (CORE, por sus siglas en inglés) de 2018 tuvo el mandato de investigar las cuestiones de derechos humanos en las cadenas de suministro. El Gobierno federal canadiense ordenó a los organismos Export Development Canada y la Canadian Commercial Corporation que tomaran medidas para cumplir con los compromisos de Canadá en lo que respecta a la empresa y los derechos humanos e implementara en las transacciones comerciales que respaldan la debida diligencia en materia de derechos humanos.	En curso

⁷ Sharan Burrow y Phil Bloomer, *Something for Europeans to celebrate – a new social contract begins to emerge?* Open Democracy, 4 de mayo de 2020 (<https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/something-for-europeans-to-celebrate-a-new-social-contract-begins-to-emerge/>)

País	Nombre de la legislación	Contenido de la legislación	Estatus
Dinamarca	Moción parlamentaria B82 2019	Enero de 2019: tres partidos políticos daneses introdujeron una moción parlamentaria para presentar un proyecto de ley sobre debida diligencia de derechos humanos para todas las grandes empresas y sectores laborales de alto riesgo. La moción cuenta con el apoyo de más de 100 ONG, la Confederación Sindical Danesa FH, el Consejo Danés del Consumidor y la empresa farmacéutica danesa Novo Nordisk.	Movimiento de la sociedad civil que dio lugar a una moción parlamentaria que está siendo objeto de examen
Unión Europea	No existe una legislación específica	El comisario europeo de Justicia, Didier Reynders, prevé una normativa obligatoria horizontal de debida diligencia con posibles directrices sectoriales. Señaló que, dependiendo de los resultados de las consultas con las partes interesadas, la Comisión presentaría propuestas legislativas en 2021.	El comisario europeo de Justicia, Didier Reynders, anunció que la Comisión se compromete a introducir normas para la diligencia debida corporativa obligatoria en lo relativo a los derechos humanos y medioambientales. El anuncio se realizó durante un evento en línea de alto nivel organizado por el Grupo de trabajo del Parlamento de la UE para la conducta empresarial responsable.
Unión Europea	Directiva 2014/95/UE de 22 de octubre de 2014 sobre la divulgación de información no financiera e información sobre la diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos	Las grandes empresas deben incluir “un estado no financiero que contenga información relativa por lo menos a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno”. Ese estado debe incluir una descripción de las políticas de debida diligencia emprendidas, así como los resultados y riesgos vinculados a esas cuestiones. Esta Directiva afecta a aproximadamente 6.000 grandes empresas de la Unión Europea, incluyendo bancos, compañías de seguros y otras.	Aprobada
Finlandia	No existe una legislación específica	El Gobierno finlandés de los socialdemócratas se ha comprometido en su programa oficial a una debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos. El Gobierno llevará a cabo una encuesta con el objetivo de adoptar una ley nacional sobre la debida diligencia en relación con los derechos humanos.	En elaboración
Francia	Ley de 27 de marzo de 2017 sobre la debida diligencia	Las empresas francesas deben adoptar un “plan de vigilancia” que identifique los riesgos para los derechos humanos, la salud, la seguridad y el medio ambiente causados por sus actividades. Incluye las actividades de subcontratistas y proveedores permanentes. Una empresa es responsable si una víctima muestra que la empresa podría haber evitado los daños de haber adoptado un plan de vigilancia.	Aprobada y vigente
Alemania	Plan de acción nacional de 2016 sobre derechos humanos y las empresas	El Gobierno alemán estableció en 2016 la debida diligencia como una expectativa para las empresas: las empresas alemanas han de implementar la debida diligencia con respecto a los derechos humanos, estructurándola en torno a cinco elementos centrales basados en los Principios Rectores de la ONU. En caso de que la mitad del total de empresas con sede en Alemania no haya implementado voluntariamente la diligencia debida en relación con el respeto de los derechos humanos para 2020, el Gobierno examinará medidas adicionales, como la legislación.	El informe provisional reveló que solo el 17-19% de las empresas proceden a la diligencia debida.

País	Nombre de la legislación	Contenido de la legislación	Estatus
Alemania	En febrero de 2019 se filtró un proyecto de ley sobre debida diligencia en relación con los derechos humanos y el medio ambiente del Ministerio de Desarrollo y Cooperación	El proyecto de ley requeriría que las empresas procedan con la diligencia debida en lo relativo a los derechos humanos. El incumplimiento de la ley podría dar lugar a multas de hasta cinco millones de euros, encarcelamiento y exclusión de los procedimientos de contratación pública en Alemania.	En diciembre de 2019, los ministros de Trabajo y Desarrollo se comprometieron conjuntamente a elaborar una ley de diligencia debida en la cadena de suministro.
Italia	Ley 231/2001 sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas	Se introdujo la responsabilidad penal corporativa por delitos cometidos en interés o ventaja de la empresa, que incluyen las violaciones de los derechos humanos. La responsabilidad corporativa también puede acumularse por violaciones de los derechos humanos cometidos por empresas italianas que operen en el extranjero, especialmente si parte de las violaciones tuvieron lugar en Italia. Para evitar responsabilidades, las empresas deberán demostrar que implementaron programas de cumplimiento.	Vigente. De conformidad con el Plan de acción nacional sobre empresas y derechos humanos, el Gobierno se ha comprometido a revisar la Ley 231/2001 sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas con el fin de introducir la debida diligencia para las empresas en el ámbito de los derechos humanos.
Luxemburgo	No existe una legislación específica	El acuerdo de coalición de 2018 compromete al Gobierno a apoyar iniciativas para fortalecer las responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos.	Movimiento de la sociedad civil
Noruega	Propuesta de ley de 2018 sobre la debida diligencia en relación con derechos humanos	La ley se aplicará a las empresas que ofrecen bienes y servicios en Noruega, creando obligaciones adicionales de debida diligencia y divulgación en materia de derechos humanos. La ley propuesta actualmente se aplica tanto a las actividades públicas como a las privadas. Exigirá que las empresas más grandes ejerzan la debida diligencia para identificar, prevenir y mitigar cualquier repercusión negativa sobre los derechos humanos fundamentales y el trabajo decente.	Se publicó un primer anteproyecto
Suecia	No existe una legislación específica	En marzo de 2018, el organismo sueco de gestión pública publicó un informe recomendando que el Gobierno estudie la posibilidad de introducir una debida diligencia obligatoria relativa al respeto de los derechos humanos.	Movimiento de la sociedad civil
Suiza	Propuesta parlamentaria	En virtud de la propuesta, las empresas con sede en Suiza deben proceder a la debida diligencia en relación con los derechos humanos y el medio ambiente. En algunos casos, la propuesta responsabiliza a las empresas de los daños causados por las filiales	Debatida a nivel de la cámara de representantes
Países Bajos	La Ley neerlandesa de diligencia debida sobre el trabajo infantil (Wet Zorgplicht Kinderarbeid - WZK) 24 de octubre de 2019	La ley se aplica a todas las empresas que venden productos o prestan servicios a los consumidores neerlandeses, estén o no registradas en los Países Bajos. Todas las empresas interesadas deben presentar una declaración de que han procedido a la diligencia debida con el fin de prevenir el trabajo infantil en la cadena de suministro.	Aprobada en ambas cámaras del parlamento y se implementará mediante ratificación real después del 1 de enero de 2020.

País	Nombre de la legislación	Contenido de la legislación	Estatus
Reino Unido	Ley sobre la esclavitud moderna de 2015	De acuerdo con la sección 54 “Transparencia en las cadenas de suministro, etc.”, las empresas que realizan actividades de negocios en el Reino Unido, por más de 36 millones de GBP (incluidas las filiales) deben preparar una “declaración anual sobre la esclavitud y la trata de personas”.	Aprobada y vigente. En abril de 2019, un grupo de organizaciones de la sociedad civil inició una campaña pidiendo una ley de diligencia debida amplia y obligatoria en materia de derechos humanos.
Estados Unidos	Ley de 2019 sobre la evaluación, prevención y mitigación de riesgos de las empresas en relación con los derechos humanos	El proyecto de ley se aplicaría a todas las empresas que cotizan en bolsa y presenten declaraciones anuales ante la Comisión de Valores y Bolsa (SEC, por sus siglas en inglés). Exigiría que estas empresas efectúen un análisis anual de los riesgos e impactos de los derechos humanos en sus actividades y su cadena de valor e incluyan una sección sobre derechos humanos en sus informes anuales a la Comisión de Valores y Bolsa. El proyecto de ley también exigiría una claridad significativa sobre la estructura de la cadena de suministro.	El proyecto de ley ha sido abierto a debate en la Comisión de servicios financieros de la Cámara de Representantes.
Irlanda	No existe una legislación específica	Antes de las elecciones irlandesas de 2020, la sociedad civil irlandesa pidió a todos los partidos políticos que introduzcan la debida diligencia obligatoria y apoyen un tratado vinculante de la ONU.	Movimiento de la sociedad civil

Huit éléments d'une législation efficace relative à l'obligation de diligence raisonnable

La CSI ha colaborado con el profesor Olivier De Schutter para elaborar un análisis sobre los respectivos puntos fuertes y débiles de distintas leyes al respecto, recomendando ocho componentes básicos de una legislación efectiva sobre diligencia debida obligatoria. De Schutter es profesor de Derecho en la Universidad Católica de Lovaina y en el Colegio de Europa. En mayo de 2020 fue nombrado Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. Anteriormente, fue miembro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde actuó además como Co-Relator de la Observación general N° 24 sobre las obligaciones de los Estados en el contexto de las actividades empresariales.

1. Aplicable a todas las compañías

La obligación de conducir la diligencia debida respecto a los derechos humanos debería imponerse a todas las compañías, independientemente de su talla, estructura o titularidad.

Todas las compañías, sin importar su estructura corporativa o su talla, pueden tener un impacto adverso sobre los derechos humanos. Exentar a ciertas compañías de cualquier responsabilidad equivaldría por tanto a darles un cheque en blanco para vulnerar los derechos humanos y denegar reparación a las víctimas.

Los PRNU dejan bien claro que aunque las políticas y los procesos necesariamente tendrán que variar en complejidad en función del tamaño de la empresa, todas las empresas sin excepción deberán ejercer la debida diligencia en cuanto al respeto de los derechos humanos⁸. La talla y la estructura de una empresa comercial únicamente afectará las modalidades de aplicación de la diligencia debida. Esto resulta particularmente relevante en relación con las micro-, pequeñas y medianas empresas, que deberían contar con apoyo adicional para mejorar sus capacidades y directrices para la implementación. Por otro lado, sus requisitos de rendición de informes se corresponderán con la talla de sus operaciones y actividades.

2. Obligaciones a lo largo de todas las estructuras corporativas y relaciones comerciales

La obligación de practicar la debida diligencia respecto a los derechos humanos debería extenderse a todas las entidades con las que estén conectadas las empresas comerciales a través de relaciones contractuales o de inversión.

Si la obligación de practicar la debida diligencia respecto a los derechos humanos se limitase a las “propias operaciones” de una empresa comercial, no se tendría en cuenta la realidad de la estructura de los grupos multinacionales en la actual economía globalizada⁹. Las multinacionales no constituyen entidades aisladas sino que establecen y actúan a través de una red de entidades legales separadas en distintas jurisdicciones con diverso grado de control entre dichas entidades. Actualmente existen enormes obstáculos legales y prácticos que protegen a la empresa matriz en un grupo multinacional frente a cualquier responsabilidad por las acciones perjudiciales cometidas por sus subsidiarias. La compañía principal queda exenta normalmente de cualquier responsabilidad en relación con las violaciones cometidas por sus proveedores. La brecha de responsabilidad resultante ha empujado a los Estados a competir reduciendo las regulaciones. Para mejorar la competitividad de los mercados globales de las firmas domiciliadas en su jurisdicción, los Gobiernos recurren a una reducción de la reglamentación aplicada dentro de dicha jurisdicción o a suavizar el cumplimiento de las normas impuestas a nivel nacional, incluso cuando ello suponga una violación de sus obligaciones internacionales en cuanto a los derechos humanos. El potencial transformador de la diligencia debida respecto a los derechos humanos, como herramienta para contrarrestar estos aspectos problemáticos de la transnacionalización del comercio, depende por tanto de su capacidad para cubrir la totalidad de las operaciones y actividades de los grupos multinacionales.

⁸ Principio 14 de los PRNU; Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos - Guía para la interpretación, HR/PUB/12/02 (2012).

⁹ Principio 18 de los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

Por otro lado, las obligaciones de diligencia debida en relación con los subsidiarios y proveedores no deberían estar condicionadas a que la empresa matriz esté efectivamente involucrada en las operaciones cotidianas de sus filiales, a que el grado de control que ejerza sea considerable, ni a que la empresa principal en la cadena de valor mundial pueda ejercer una influencia decisiva sobre el subcontratista. Ese tipo de condicionalidad incentivaría a las empresas a mantenerse desvinculadas de las operaciones de sus filiales o las prácticas de sus proveedores, para así reducir el ámbito de sus obligaciones de diligencia debida.

3. Derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos

La obligación de practicar la debida diligencia respecto a los derechos humanos es extensiva a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluyendo los derechos en el trabajo, sin distinción alguna. Se espera asimismo que las compañías ejerzan la diligencia debida en relación con su impacto medioambiental, incluyendo el impacto climático.

Un enfoque regulatorio de la diligencia debida respecto a los derechos humanos debería abordar uno de los fallos clave de las iniciativas privadas actualmente vigentes, como es la selección de aquellos derechos humanos que quedarían cubiertos por los procesos de diligencia debida. Las compañías suelen optar por aplicar la diligencia debida en relación con los derechos humanos cuya violación pudiera poner en peligro su reputación o aquellos que sean más fáciles de detectar. Esto significa que incluso cuando las compañías contasen con robustos procesos de diligencia debida, éstos podrían no cubrir cuestiones críticas, exponiendo así a los trabajadores y a las comunidades a graves abusos de los derechos humanos. En realidad, las empresas comerciales pueden tener un impacto negativo sobre todo el espectro de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos se estableció teniendo por base el reconocimiento de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, dejando claro que la denegación de un derecho invariablemente impide el disfrute de otros derechos. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos¹⁰.

Los PRNU incluyen una lista oficial de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos, consagrados en:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos
- Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales
- Declaración de la OIT de principios y derechos fundamentales en el trabajo

Si se consideran conjuntamente, estos instrumentos engloban numerosos derechos sindicales, como la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, la igualdad y la no discriminación, el trabajo forzoso e infantil, salarios, salud y seguridad, seguridad social y la limitación de la jornada laboral.

En vista de los desafíos para garantizar estos derechos en la economía informal y en relación con los trabajadores con relaciones de trabajo inseguras o encubiertas, la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo instó a Gobiernos, trabajadores y empleadores a garantizar una protección adecuada para todos los trabajadores y trabajadoras. A tal efecto, la Declaración del Centenario subraya la importancia de la relación de empleo como medio para proporcionar seguridad y protección jurídica a los trabajadores. Para asegurarse de que se respeten los derechos humanos de todos los trabajadores, las compañías deben por tanto abstenerse de adoptar prácticas comerciales que supongan condiciones de empleo inseguro o encubierto en sus propias operaciones, así como en todas sus actividades comerciales.

Aunque las cuestiones medioambientales no se abordan específicamente en los PRNU, no cabe duda de que los derechos humanos internacionalmente reconocidos necesariamente implican aspectos relacionados con el medio ambiente, como los derechos a la salud, el agua o la alimentación, o los derechos de los pueblos indígenas. Este aspecto está además reconocido en las Directrices de la OCDE, que en el Capítulo VI define la conducta que deberían adoptar las multinacionales para tener en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente.

¹⁰ Principio 12 de los PRNU

4. Mecanismos de quejas y reparación en el lugar de trabajo

Debería exigirse a las empresas comerciales que establezcan o participen en mecanismos de reclamación efectivos a nivel operacional, con vistas a identificar y remediar su impacto adverso sobre los derechos humanos.

Unos mecanismos efectivos de reclamación a nivel operacional son esenciales para llevar a cabo la debida diligencia respecto a los derechos humanos. Sirven para identificar el impacto adverso sobre los derechos humanos como parte de la debida diligencia de una empresa, aportando un canal para que aquellos que resulten directamente afectados por las operaciones de la empresa puedan exponer sus inquietudes cuando consideren que están sufriendo o podrían sufrir un impacto adverso. Además, estos mecanismos pueden posibilitar que las quejas, una vez identificadas, sean debidamente tratadas y que el impacto adverso pueda remediarse cuanto antes y directamente por parte de la empresa comercial, evitando así una agravación de los daños y una escalada en las quejas.

Las disposiciones legislativas sobre el establecimiento de mecanismos de reclamación a nivel operacional deberán apoyarse en los criterios de eficacia enumerados en el Principio 31 de los PRNU y en las recomendaciones de la fase III del Proyecto sobre rendición de cuentas y reparación del ACNUDH: Aumentar la eficacia de los mecanismos de denuncia no dependientes del Estado en los casos de vulneraciones de derechos humanos vinculadas a las empresas. Incluyen, sin que esta sea una lista exhaustiva, los siguientes requisitos:

- Los trabajadores y otros usuarios de los mecanismos de reclamación a nivel operacional deberán estar protegidos frente a cualquier represalia o comportamiento intimidatorio relacionado con su recurso efectivo o potencial al mecanismo de reclamación. Esto requiere la adopción y aplicación de leyes, políticas y procesos destinados a impedir de manera efectiva ese tipo de comportamiento.
- Los solicitantes de reparación deberían contar con la posibilidad de alterar el curso de acción correctiva en función de la evolución de las circunstancias, incluyendo la opción de buscar reparación a través de un mecanismo estatal además (o en lugar) de un mecanismo de reclamación no dependiente del Estado.
- Debería estar prohibido que se exija a los solicitantes de reparación que renuncien a su derecho a recurrir a mecanismos judiciales como

condición para poder acceder a los mecanismos de reclamación a nivel operacional.

- Los mecanismos de reclamación a nivel operacional deberían incluir la posibilidad de que las personas afectadas soliciten colectivamente reparación por vulnerarse sus derechos humanos.
- En caso de no aplicarse la reparación acordada, los solicitantes deberían tener la posibilidad de reclamar su aplicación a través de mecanismos judiciales. Las autoridades públicas deben controlar e imponer sanciones a las compañías que no implementen la correspondiente reparación.

5. Control y sanciones

Las obligaciones de diligencia debida respecto a los derechos humanos deberían ser controladas por un organismo público competente, y cualquier violación de dichas obligaciones conllevaría sanciones eficaces y disuasivas.

Es necesario contar con un robusto mecanismo de control para garantizar que las medidas adoptadas por las empresas para el cumplimiento de sus obligaciones de debida diligencia respecto a los derechos humanos resulten eficaces para prevenir violaciones y no sean meramente cosméticas o formalistas. Así pues, los Gobiernos deberían ampliar el mandato de algún organismo público existente o bien crear un nuevo organismo asignándole la competencia de controlar la implementación de las obligaciones de diligencia debida.

Para permitir a dicho organismo público efectuar evaluaciones completas, habría que requerir a las compañías:

- Informar regularmente sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida;
- Comunicar la extensión de sus operaciones y actividades, incluyendo el número de trabajadores en cada centro de trabajo, así como su situación contractual;
- Revelar los casos en que se identificaron abusos y la reparación proporcionada; y
- Hacer públicos los informes de auditoría relevantes (cuando las compañías opten por trabajar con firmas de auditoría habilitadas por el Gobierno).

La evaluación por parte del organismo público no sólo se basará en los informes de la compañía. Individuos o comunidades (potencialmente) afectados por violaciones de los derechos humanos, así como sindicatos y organizaciones de la sociedad civil, deberían también poder remitir información al organismo público. Debería además conferirse al organismo público el mandato, la capacidad y los recursos necesarios para efectuar visitas in-situ e investigaciones.

Si la compañía no proporcionase informes regulares o los informes facilitados no cumplieren los requisitos mínimos o no se hubieran tomado las medidas necesarias a fin de corregir los riesgos para los derechos humanos, el organismo público debería estar capacitado para imponer sanciones disuasivas, incluyendo multas y la exclusión de participación en programas vinculados formal o informalmente al Estado, como contratación pública o productos y servicios aportados por agencias de crédito a la exportación, seguros oficiales de inversión o agencias de garantía, agencias de desarrollo e instituciones de financiación al desarrollo, y/o en contratos gubernamentales relevantes.

El organismo público debería ser asimismo competente para supervisar las actividades de los revisores de cuentas privados que proporcionen servicios a las compañías para asistirles en el marco de sus prácticas de diligencia debida. Los revisores de cuentas privados únicamente podrán estar autorizados a prestar dichos servicios si cumplen con normas de integridad (que se adoptarán mediante directrices de implementación) y deberían hacerse responsables en caso de prácticas negligentes.

6. Responsabilidades

El requisito de aplicar la debida diligencia respecto a los derechos y el de remediar cualquier daño derivado de la violación de dichos derechos deberán tratarse como obligaciones separadas y complementarias.

Se ha aducido que cuando las compañías establecen robustos sistemas de diligencia debida, deberían ser “recompensadas” garantizándoles inmunidad frente a las demandas legales respecto a su responsabilidad por violaciones que se produzcan en sus cadenas de suministro o en sus propias operaciones, como medida para incentivar a las empresas. No obstante, resulta esencial que el hecho de cumplir con sus obligaciones de diligencia debida no conceda a las empresas inmunidad frente a cualquier demanda legal exigiéndoles responsabilidades por posibles abusos de los derechos humanos.

Si una compañía puede eludir su responsabilidad legal invocando haber establecido un mecanismo adecuado de diligencia debida, caería en la tentación de adoptar un enfoque mínimo: suficiente quizás para cumplir con el requisito de establecer dicho mecanismo y obtener así la defensa legal necesaria frente a una demanda exigiéndole responsabilidades, pero sin pasar de ese mínimo. Se corre así el riesgo de que la diligencia debida se convierta en un sofisticado ejercicio de marcar casillas: en otras palabras, el incentivo para la compañía sería hacer lo mínimo requerido, pero no mostrarse proactiva más allá de dicho mínimo. Esto no estaría en consonancia con la idea de que la debida diligencia respecto a los derechos humanos sea una práctica continua, permanentemente actualizada y mejorada, tal como establecen los PRNU y la Guía de la OCDE. Por otro lado, siempre y cuando la obligación de establecer un mecanismo satisfactorio de diligencia debida esté adecuadamente controlada (ver componente anterior), no habría necesidad alguna, para incentivar a las compañías a cumplir con dicha obligación, de “recompensarlas” con la inmunidad legal. El proceso de control en sí mismo sería suficiente incentivo, si se establecen sanciones disuasivas en caso de incumplimiento con las obligaciones de diligencia debida estipuladas en la legislación.

Así pues, el requisito de aplicar la debida diligencia respecto a los derechos y el de remediar cualquier daño derivado de la violación de dichos derechos deberán tratarse como obligaciones separadas y complementarias. Debe constituir un deber la prevención del riesgo de violaciones de los derechos humanos dentro del grupo corporativo o en la cadena de suministros: esta es la obligación de diligencia debida respecto a los derechos humanos. También se establece el deber de remediar cualquier violación cuando las medidas preventivas adoptadas, si las hubiere, hayan fallado: esta es la obligación de remediar los daños ocasionados cuando el deber de prevención no se haya cumplido debidamente, y corresponderá a los tribunales, cuando se presenten demandas legales, evaluar caso por caso si podría esperarse que la compañía hubiese hecho algo más para prevenir que tuviese lugar la violación.

Este enfoque guarda conformidad con los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (principio 17), que especifica claramente que el deber de protección por parte de la compañía hacia aquellos que pudieran resultar afectados por sus actividades, incluso indirectamente (con las acciones de sus subsidiarios o relaciones comerciales), no se limita a que la compañía cumpla sus obligaciones de diligencia debida:

El hecho de proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos debería reducir el riesgo de acciones judiciales contra las empresas, ya que les permite mostrar que tomaron todas las medidas razonables para evitar cualquier participación en una supuesta vulneración de los derechos humanos. Sin embargo, las empresas que ejerzan esa debida diligencia no deben asumir que de esa forma vayan a quedar automática y plenamente exentas de toda responsabilidad por provocar o contribuir a provocar violaciones de los derechos humanos.

7. Carga de la prueba

La carga de la prueba ha de recaer en la compañía, que deberá demostrar que no podía haber hecho más para evitar ocasionar el daño, una vez que la víctima haya demostrado el daño infringido y su conexión con las actividades comerciales de la compañía.

Revertir la carga de la prueba a favor de la víctima es necesario teniendo en cuenta que la información relevante en relación con las operaciones de la compañía y la organización de sus relaciones con sus subsidiarios o asociados comerciales reside en la compañía y generalmente no resulta fácil para la víctima acceder a ella. Esta desventaja está apenas parcialmente compensada en algunos países mediante la imposición de un procedimiento de “revelación”, que permite al demandante obtener una orden judicial que establezca la obligación de la empresa de facilitarle la información pertinente. No obstante, sería más apropiado –y sin lugar a dudas más disuasivo– imponer a la compañía que demuestre que no habría podido hacer nada más para evitar el daño causado, una vez que la víctima haya demostrado el daño infringido y su conexión con las actividades comerciales de la compañía, tanto si fue ocasionado directamente por las operaciones de la propia compañía o si su origen inmediato está en la conducta de un subsidiario o socio comercial.

8. Papel de los sindicatos

La debida diligencia deberá apoyarse en una colaboración significativa con los sindicatos.

Una participación significativa de las distintas partes interesadas es un elemento importante de todo el proceso de debida diligencia. La Guía de la OCDE sobre diligencia debida para una Conducta Empresarial Responsable especifica que la participación significativa de las partes interesadas se caracteriza por una comunicación en los dos sentidos y depende de la buena fe de todos los implicados. Las compañías

deberán consultar y tener en cuenta los puntos de vista de quienes pudieran verse afectados por sus decisiones. Es importante involucrar a todas las partes interesadas y a los titulares de derechos potencialmente afectados antes de tomar cualquier decisión que pueda afectarles. Esto implica el suministro oportuno de toda la información que necesitan las partes interesadas y los titulares de derechos potencialmente afectados, para poder tomar una decisión informada acerca de cómo la decisión de la empresa podría afectar a sus intereses. También significa que se lleve a cabo un seguimiento de la implementación de los compromisos acordados, para garantizar que se aborden los impactos adversos sobre las partes interesadas y los titulares de derechos afectados y potencialmente afectados, incluyendo ofrecer reparación cuando las empresas hayan causado o contribuido a causar dicho(s) impacto(s). La participación continua significa que las actividades de implicación de las partes interesadas continúan a lo largo del ciclo de vida de una operación o actividad y no son un esfuerzo puntual. Esto resulta particularmente importante en lo que respecta a los derechos de los trabajadores y trabajadoras que forman parte de las operaciones y actividades de la empresa, y que podrían por tanto verse afectados negativamente en cualquier momento.

Las relaciones laborales son una forma de participación de las partes interesadas, que garantiza una colaboración continua entre las empresas y los sindicatos. Las empresas deberían por tanto asociarse o entablar acuerdos directos con los sindicatos para facilitar la implicación de los trabajadores en el diseño y la implementación de procesos diligencia debida, la aplicación de normas relativas a los derechos en el trabajo y la presentación de quejas.

Al mismo tiempo, conviene dejar claro el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva forman parte de por sí de los derechos que la empresa está obligada a respetar y en relación con los que ha de ejercer la debida diligencia. Una participación significativa de las distintas partes interesadas en el proceso de diligencia debida no sustituye la obligación de la empresa a respetar la elección de los trabajadores a formar sindicatos y a entablar negociaciones colectivas de buena fe en relación con los términos de empleo y las condiciones de trabajo.

Estos ocho componentes se basan en el informe “Hacia la diligencia debida obligatoria en las cadenas mundiales de suministro”¹¹ elaborado por el profesor Olivier De Schutter.

¹¹ https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/de_schutte_mandatory_due_diligence.pdf

