**La diligencia debida en materia de derechos humanos: el papel de los Estados**

**Informe de actualización 2013**

Por Mark B. Taylor, de FAFO – Instituto de Estudios Internacionales Aplicados, Oslo, Noruega, encargado por la Mesa Internacional para la Rendición de Cuentas Empresarial (ICAR), noviembre de 2013

*El presente texto es una traducción no oficial del* [*Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos*](http://business-humanrights.org/es)*.*

*Versión original (disponible sólo en inglés):* [*http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/11/ICAR-Human-Rights-Due-Diligence-2013-Update-FINAL1.pdf*](http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/11/ICAR-Human-Rights-Due-Diligence-2013-Update-FINAL1.pdf)

# La responsabilidad de respetar: independiente, no aislada

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2011) clarifican lo que significa en las normas internacionales que las empresas respeten los derechos humanos. La responsabilidad de respetar, tal como está definida en los Principios Rectores, se basa en el principio de que las empresas no deben causar daño. Los Principios Rectores establecen que, a fin de cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben actuar con la diligencia debida para garantizar que no violan los derechos de terceros.

En otras palabras, la responsabilidad de las empresas dimana de sus actividades y relaciones, y las empresas deben tomar medidas –ejercer la diligencia debida– para garantizar que sus actividades y relaciones no violan los derechos humanos. Los Principios Rectores establecen claramente que esta responsabilidad es extensiva a todas las operaciones y relaciones de las empresas y que ésta es independiente, es decir, se trata de una responsabilidad de las empresas independientemente de lo que el Estado haga o deje de hacer.

**Independiente, pero no aislada.**

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos es independiente del deber del Estado de protegerlos, pero no está aislada de ello. De hecho, el principio rector 1 describe el deber de los Estados de proteger contra los abusos de las empresas señalando que incluye "adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar" los abusos de derechos humanos "mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia."

En 2012, el proyecto sobre la Diligencia Debida en Materia de Derechos Humanos halló que la diligencia debida figura en los ordenamientos jurídicos de Estados de todo el mundo, que abarcan diversas tradiciones legales: desde Estados Unidos hasta China, pasando por Australia y Nigeria, desde Argentina hasta la UE y sus Estados miembros, desde países con sistemas de derecho consuetudinario hasta países con sistemas de derecho civil. En estos ordenamientos jurídicos, los procedimientos de diligencia debida coinciden con el proceso de diligencia debida descrito en los Principios Rectores, hasta el punto de que, en el informe de 2012 *La diligencia debida en materia de derechos humanos: el papel de los Estados* (en adelante, informe de 2012), se llegó a la conclusión de que cabe describir los elementos de la diligencia debida como constitutivos de un estándar incipiente de procedimiento en esta materia que es bien conocido en muchas jurisdicciones e internacionalmente, a saber: determinar los riesgos para los derechos humanos, tomar medidas para prevenir o mitigar dichos riesgos y ser transparentes con respecto tanto a los riesgos como a lo que se hace para abordarlos –véase el apéndice I, "Human Rights Due Diligence Procedure" (Procedimiento de diligencia debida en materia de derechos humanos)–.

En todo el mundo se hace uso de la diligencia debida para evaluar el cumplimiento que las empresas hacen de la normativa legal, en algunos casos incluso para proteger derechos humanos tales como los derechos laborales, o para responder a riesgos conexos, como los asociados a la protección de los consumidores o del medio ambiente. Es poco, en cambio, lo que encontró el proyecto en forma de referencia expresa a los derechos humanos *per se,* al examinar los diversos regímenes de diligencia debida existentes. Asimismo, los Principios Rectores tampoco especifican las opciones que podrían tener los Estados, en términos de leyes y políticas, para garantizar el ejercicio empresarial de la diligencia debida en materia de derechos humanos. El grupo de expertos del proyecto oyó también decir reiteradamente a los especialistas y abogados consultados que, en muchos casos, las leyes existentes no se cumplen debidamente.

# Opciones de reglamentación para los Estados

Transcurridos doce meses desde la publicación del informe de 2012, ha habido señales de progreso. Como se describe en ese informe, los datos indican que en la mayoría de los países la diligencia debida no es un concepto normativo o jurídico extraño. Sin embargo, sigue habiendo vacíos considerables en la práctica estatal. Los Estados podrían hacer mayor uso de los instrumentos legales para garantizar que las empresas respeten los derechos humanos, en general y que éstas ejercen la diligencia debida en materia de derechos humanos, en particular.

En el informe de 2012 se hallaron cuatro enfoques principales de reglamentación a través de los cuales los Estados pueden hacer un uso de herramientas jurídicas para garantizar la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas:

* La diligencia debida como cuestión de cumplimiento legal/normativo
* Una reglamentación que cree incentivos o beneficios para las empresas que puedan demostrar que practican la diligencia debida
* El fomento o la exigencia de diligencia debida por medio de normas de transparencia y divulgación
* Una combinación de algunos de los enfoques anteriores.

A continuación se exponen algunos ejemplos de nuevas medidas adoptadas en 2013 en cada una de estas categorías de reglamentación, descritos de manera resumida y en el contexto de casos tomados del informe de 2012.

## 1. La diligencia debida como norma de cumplimiento

Muchos países cuentan con disposiciones legales que imponen como requisito la diligencia debida como cuestión de cumplimiento normativo. Como se describe en el informe de 2012, las normas por las que se exige a las empresas la diligencia debida se aplican, bien como obligación legal directa, formulada en una norma, o bien de manera indirecta, brindando a las empresas la oportunidad de utilizar la diligencia debida como eximente frente a cargos de infracción penal, civil o administrativa.

Por ejemplo, los organismos reguladores de India, Alemania y Ghana exigen habitualmente a las empresas ejercer la diligencia debida como requisito para conceder aprobaciones y licencias para actividades empresariales que puedan tener consecuencias sobre el medio ambiente o la seguridad de los obreros en el sector de la construcción. En Estados Unidos, los tribunales permiten a las empresas recurrir a la diligencia debida como eximente frente a cargos de negligencia ambiental o de soborno y corrupción. De igual modo, las leyes contra el blanqueo de capitales de la mayoría de los países –desde la OCDE hasta China– exigen a las instituciones financieras la diligencia debida con respecto al cliente, o aplicar medidas de "conocimiento del cliente", como se conoce también (por la expresión inglesa *"know your customer"*, abreviada como KYC). China requiere a sus empresas ejercer la diligencia debida con respecto a la seguridad en el lugar de trabajo de los trabadores chinos en el extranjero.

En noviembre de 2013, unos congresistas presentaron ante la Asamblea Nacional francesa un proyecto de ley en virtud del cual las empresas francesas tendrían que demostrar haber establecido sistemas de diligencia debida para no causar ni contribuir a causar daños en el marco de su actividad económica. En ese proyecto de ley se hace referencia tanto a los Principios Rectores de la ONU como a las Directrices de la OCDE y, en esencia, se establece la responsabilidad legal de respetar los derechos humanos en virtud de los códigos penal y civil franceses, conforme a lo dispuesto en estos dos instrumentos internacionales. De este modo, la ley proporciona a las empresas una protección basada en la diligencia debida:

El proyecto de ley propone reformar los Códigos Civil y Penal, mediante la creación de un régimen de responsabilidad por daños y perjuicios causados en el contexto de las actividades económicas o comerciales de una empresa, que violen derechos fundamentales.

La presunción de responsabilidad no es concluyente; la empresa puede quedar eximida de responsabilidad si prueba que no sabía que una actividad dada podía tener un impacto potencial en los derechos fundamentales o que hizo todo lo posible para evitarlo.

El proyecto de ley reformaría también el Código de Comercio francés, al añadir una sección que alentaría a las empresas a monitorear todas las actividades que emprendan en cuanto éstas puedan tener consecuencias sobre los derechos fundamentales. El proyecto prevé expresamente que tal observación se lleve a cabo de acuerdo con los medios de que la empresa disponga, lo que, en la práctica, permite que incluso empresas de pequeño o mediano tamaño apliquen medidas ajustadas a su impacto potencial en los derechos humanos.

### Responsabilidad penal

La posibilidad de que una empresa incurra en responsabilidad penal está prevista en muchas jurisdicciones, incluyendo delitos que constituyen violaciones graves de los derechos humanos. Como se explicó en el informe de 2012, los Estados pueden imponer una responsabilidad penal a una empresa por no actuar con la diligencia debida para impedir determinados delitos. En algunos casos, una empresa puede evitar que se le imputen delitos cometidos por sus agentes (empleados o subcontratistas) al demostrar que contaba con programas efectivos de diligencia debida. Incluso en las jurisdicciones donde la responsabilidad penal de las personas jurídicas no está prevista en el Código Penal del país, los empresarios pueden ser acusados como personas naturales en procedimientos penales similares.

El 25 de abril de 2013 se presentó ante la fiscalía de Tubinga (Alemania) una querella por parte de varias ONG que solicitaban el inicio de una investigación contra Olof von Gagern, alto ejecutivo de la empresa maderera suizo-alemana Danzer Group. En la denuncia se afirma que Von Gagern no hizo nada para impedir las violaciones de los derechos humanos cometidas por las fuerzas de seguridad congolesas durante una operación llevada a cabo en el pueblo de Bongulu, Yalisika (norte de la República Democrática del Congo), el 2 de mayo de 2011. Denuncian que, durante la operación, las fuerzas de seguridad causaron lesiones corporales graves, cometieron violaciones, dañaron bienes y practicaron detenciones arbitrarias de personas de la aldea. Además, se alega que las fuerzas de seguridad congolesas recibieron apoyo logístico de Siforco, a la sazón filial de Danzer, incluido su transporte hasta el pueblo, traslado de los detenidos desde la aldea y pagos en efectivo. Se afirma también en ella que Von Gagern no tomó las debidas medidas contra los probables riesgos de la operación de seguridad para los hombres y mujeres de la aldea. Danzer y Siforco niegan las acusaciones, argumentando que no facilitaron la violencia y que las fuerzas de seguridad estaban fuera de su control y responsabilidad.

### Responsabilidad civil

El ordenamiento jurídico de la mayoría de los países prevé la responsabilidad civil de las empresas que causen a una víctima daños o perjuicios, incluso por no actuar con debida diligencia. Como se explicó en el informe de 2012, por ello se entiende no tomar todas las medida de precaución que quepa razonablemente tomar para reducir el riesgo de que se causen daños.

En 2013 hubo varios ejemplos de decisiones judiciales sobre demandas civiles que reforzaron la diligencia debida como obligación de las empresas:

En enero, un tribunal de los Países Bajos halló a una filial nigeriana de Royal Dutch Shell como responsable por daños y perjuicios ocurridos a un campesino nigeriano como consecuencia de derrames de un oleoducto. En aplicación de la legislación de Nigeria, el tribunal neerlandés determinó que la filial había sido negligente; en particular, no había tomado las precauciones que cabía razonablemente haber asumido para reducir los riesgos para la población local derivados de sabotajes de terceros:

. . . [la empresa] creó una situación particularmente peligrosa en el pozo IBIBIO-I y permitió que esta situación continuara . . . [la empresa] debería haber previsto este riesgo evidente de sabotaje y haber tomado más y mejores medidas de prevención contra él. . . En particular, los habitantes de las inmediaciones que, como Akpan [el demandante], obtenían ingresos de la tierra y los estanques piscícolas corrían un riesgo considerable de daños por sabotaje. . . que era fácil de cometerse.

Los demandantes pidieron al tribunal que se pronunciara sobre la existencia de una violación de sus derechos humanos, específicamente de su integridad física. El tribunal se negó a hacerlo por considerar que, aunque había precedentes en la legislación nigeriana en casos de daño directo causado por la empresa demandada, no existían en cambio precedentes para un caso en el que el daño había sido causado por terceros y la empresa sólo lo había facilitado por negligencia.

En marzo, el Tribunal Supremo de Kampala (Uganda) falló a favor de los arrendatarios de unas tierras a quienes las fuerzas de seguridad habían desalojado violentamente para dar curso en esas tierras a una plantación de café. En su fallo, el Tribunal determinó que la Autoridad de Inversiones de Uganda (UIA, por su sigla en inglés) no había ejercido la diligencia debida con respecto a la transferencia de las tierras de los arrendatarios tradicionales a la empresa cafetalera, Kaweri Coffee Plantation Inc., y a la reubicación de entre 2.000 y 4.000 personas de esas tierras. El Tribunal resolvió que la UIA no había comprobado las actividades de sus abogados, y a consecuencia de ello se había producido finalmente el desalojo violento de los arrendatarios por las fuerzas de seguridad sobre la base de una transferencia fraudulenta de tierras. En particular, el Organismo de Inversiones no había

. . .ejercido la debida diligencia, supervisión y aplicación de frenos y contrapesos. Habría bastado algo de prudencia para detectar que toda la transacción era sospechosa. La UIA no había comprobado el valor de las tierras y las indemnizaciones que había que pagar, ni solicitado tampoco acuerdos firmados de indemnización con las escrituras de propiedad y demás documentos. . .

El tribunal consideró responsables directos a los abogados contratados por el Organismo de Inversiones, pero juzgó también severamente el papel de los inversores alemanes de Kaweri Coffee, señalando: “los inversores tenían el deber de garantizar que no se explotara a nuestra población indígena. Tenían que haber respetado los derechos humanos y los valores de las personas y [...] tenían que haberse cerciorado de que se indemnizaba, reubicaba e informaba debidamente a los arrendatarios. En lugar de ello, se quedaron cruzados de brazos". La empresa alemana ha rechazado las afirmaciones sobre su papel, señalando que están basadas en una tergiversación de los hechos.

## Incentivos a la diligencia debida

La mayoría de los países tienen normas que potencian el papel del Estado como consumidor (adquisición), inversionista o como otro agente del mercado, a fin de fomentar o exigir a las empresas la diligencia debida. Estas iniciativas utilizan las políticas y las leyes para ofrecer incentivos y beneficios a las empresas a cambio de que sean capaces de demostrar que practican la diligencia debida.

Japón, Corea y Taiwán tienen disposiciones sobre las denominadas "adquisiciones ecológicas" que dan, por ejemplo, trato preferente a los proveedores que pueden certificar prácticas respetuosas con el medio ambiente. El Reglamento Federal de Adquisiciones (FAR) de Estados Unidos exige a los proveedores del gobierno federal certificar que han ejercido la debida diligencia con respeto al trabajo infantil en los países de origen de sus productos. Asimismo, la Ley Davis-Bacon de Estados Unidos combate el dumping social por parte de los contratistas que trabajan con contratos de construcción federales. El Fondo de Pensiones Global del Estado noruego se somete a examen para detectar diversas violaciones de derechos humanos, y las empresas pueden quedar excluidas del universo de su inversión o ser puestas bajo observación si no pueden demostrar que ejercen la diligencia debida de modo adecuado.

En 2013, la UE tomó medidas para posibilitar la diligencia debida con respecto a los bienes producidos en asentamientos israelíes. Catherine Ashton, Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores, escribió una carta a los directivos de la Comisión Europea donde les ordenaba tomar todas las medias legales y administrativas necesarias para garantizar que los productos de los asentamientos israelíes en los territorios palestinos ocupados se etiquetaran como tales. En su carta expresaba el vínculo entre la postura de oposición de la UE a la construcción de asentamientos israelíes y la necesidad de evitar que productos de dichos asentamientos sean exportados a la UE como productos de Israel. Existe ya legislación de la UE que permite a los Estados exigir tal etiquetado. Ashton actuó luego de que 13 ministros de Relaciones Exteriores de la UE le escribieran, en abril de 2013, para expresarle su apoyo a los esfuerzos que estaba realizando para formular unas directrices comunes a todos los países de la UE sobre la obligación de etiquetar los productos de los asentamientos israelíes importados por los países de la UE y vendidos en el mercado europeo.

También en 2013, la UE procedió a reformar la estructura de incentivos a empresas con actividades en Israel con el objeto de garantizar que no llegaran fondos de la UE a los asentamientos. La UE emitió una directiva que excluye a los asentamientos israelíes de las donaciones económicas provenientes de la UE. Para garantizar el respeto de la postura de la UE y de los compromisos que ha contraído en virtud del derecho internacional, se ha dispuesto que ninguna entidad israelí con sede o actividad en los territorios ocupados tiene derecho a recibir subvenciones, premios ni instrumentos financieros de fondos de la UE. Esta directiva es aplicable a toda empresa pública o privada y organización no gubernamental (incluso sin ánimo de lucro) israelí que tenga su sede o desarrolle sus operaciones, total o parcialmente, dentro de los territorios ocupados. Para hacer cumplir el acuerdo, la directriz exige a las entidades israelíes aspirantes a subvenciones, premios o instrumentos financieros que declaren que tienen derecho a ellos de acuerdo con las disposiciones antes citadas. No obstante si la información de la declaración en incorrecta, ésta se considerarla una tergiversación grave, en cuyo caso puede rechazarse a la entidad o anularse la subvención.

El organismo de crédito a la exportación de Noruega, GIEK, llevó a cabo en 2013 una revisión de sus políticas y procedimientos a fin de alinear los requisitos sociales y medioambientales impuestos a sus clientes con la Recomendación sobre Enfoques Comunes de la OCDE, actualizada en 2012, y los Principios Rectores de la ONU. La nueva política del GIEK va más allí del requisito mínimo de la OCDE, pues abarca todas las transacciones del organismo, incluidas las unidades móviles (barcos), los proyectos de menos de DEG 10 millones y las transacciones a corto plazo. En la práctica, el GIEK se basa en gran medida en las Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional (IFC) y utiliza un conjunto de cuestionarios que los solicitantes de crédito a la exportación o seguro deben cumplimentar. Estos cuestionarios sirven luego de base al compromiso del GIEK con la empresa y a la diligencia debida del propio organismo con respecto al posible impacto social (en los derechos humanos) y medioambiental. Además, el GIEK toma diversas medidas para determinar los riesgos de sus transacciones, como inspecciones in situ, utilización de servicios de consultoría especializada de terceros independientes y empleo de herramientas de escrutinio de datos online. El GIEK plantea problemas potenciales antes de la aprobación o el inicio de los proyectos, tanto a las empresas que van a ponerlos en práctica como a los bancos que van a financiarlos. Se establecen indicadores de rendimiento en materia social y medioambiental durante la aplicación de los proyectos, y el GIEK se esfuerza por conseguir que esos indicadores se conviertan en obligaciones legalmente vinculantes por medio de su integración en los acuerdos de préstamo con los bancos. Se espera que los clientes informen periódicamente atendiendo a estos indicadores. La información sobre el impacto que se proporciona al GIEK en los proyectos de medio y alto riesgo aparece en el sitio web del organismo.

## Divulgación de la diligencia debida

Un tercer enfoque sobre cómo fomentar o exigir la diligencia debida es a través del uso de mecanismos de transparencia y divulgación. Como se explicó en el informe de 2012, los Estados aplican normas en virtud de las cuales las empresas deben divulgar el ejercicio de la diligencia debida con miras a que los mercados y la sociedad intenten reducir todo daño identificado.

Por ejemplo, así como la legislación sobre valores de la mayoría de los Estados exige alguna forma de presentación de informes de las empresas, la legislación puede también imponer obligaciones de presentación de informes respecto a la responsabilidad social de las empresas, como ocurre en Dinamarca, Noruega, España y Malasia. En algunos países, como Francia, Argentina, Alemania, Estados Unidos y la UE, las leyes de protección de los consumidores imponen formas de divulgación basadas en la lógica de que la información sirve a los intereses y llevará a desencadenar medidas por parte de los inversores, los reguladores y quienes puedan sufrir las consecuencias negativas de una actividad empresarial.

En 2013, el Departamento de Estado estadounidense estableció requisitos de presentación de informes para la inversión recién autorizada en Myanmar (Birmania), tras suavizar Estados Unidos las sanciones en respuesta a las reformas que se habían llevado a cabo en ese país. En virtud de los nuevos requisitos, toda persona de Estados Unidos que invierta en la empresa de gas y petróleo de Myanmar (Birmania), MOGE (por sus siglas en inglés), o cuya inversión acumulada en el país supere los 500.000 dólares estadounidenses, debe suministrar información general sobre sus operaciones allí y sobre qué políticas o procedimientos, si los tiene, aplica en materia de derechos humanos, derechos de los trabajadores, anticorrupción, medio ambiente, adquisición de bienes inmuebles, acuerdos con proveedores de servicios de seguridad y transparencia financiera.

El Departamento de Estado espera que lo divulgado y la información que las empresas comparten sirvan para animarlas y ayudarlas a elaborar políticas y procedimientos con los que abordar las múltiples consecuencias de sus operaciones en Birmania. Por ejemplo, si la empresa “tiene influencia para prevenir o mitigar las consecuencias negativas", el Departamento de Estado la anima a comportarse de acuerdo con los Principios Rectores de la ONU y a "ejercer [su influencia]". Si la empresa es incapaz de aumentar su influencia, "debe considerar la posibilidad de poner fin a la relación, tomando en consideración una evaluación razonable de las consecuencias negativas que esa decisión pueda acarrear para la situación de los derechos humanos". Los inversores que no cumplen con presentar los informes exigidos cometen una infracción y son objeto de sanciones civiles y penales por incumplimiento de la Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional (IEEPA).

En julio de 2013, un tribunal de Estados Unidos desestimó los argumentos de la Asociación Nacional de Fabricantes (NAM), la Cámara de Comercio de Estados Unidos y la organización Business Roundtable en un litigio contra la obligación de presentar información en el caso de los minerales de zona en conflicto. La demanda se interpuso en 2012, para impugnar la sección 1502 de la Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección al Consumidor. En virtud de esta sección de la Ley Dodd-Frank, las empresas con valores registrados en la Comisión del Mercado de Valores (SEC) deben realizar todos los años una evaluación y presentar un informe sobre los minerales de zonas en conflicto "necesarios para la funcionalidad o producción de un bien" fabricado (o contratado para su fabricación) por la empresa. Las empresas deben realizar una investigación de buena fe sobre el país de origen, y si el estaño, tantalio, tungsteno u oro parecieran proceder de la República Democrática del Congo o de países vecinos, tienen que aplicar la diligencia debida y presentar un informe público sobre minerales en conflicto. La norma final dispone que la diligencia debida del emisor se atenga a un marco de diligencia debida nacional o internacionalmente reconocido. La SEC ha indicado que la Guía de la OCDE sobre Debida Diligencia en las Cadenas de Suministro Responsable de Minerales de Áreas Afectadas por el Conflicto o de Alto Riesgo cumple los criterios establecidos por ella.

En su litigio, los demandantes sostenían que, al dictar la norma, la SEC no había cumplido las obligaciones jurídicas contraídas en virtud de la Ley de Mercados de Valores, que el procedimiento de reglamentación había sido arbitrario y caprichoso en múltiples aspectos más y que la obligación de proporcionar información pública que imponían la norma y la sección 1502 de la Ley Dodd-Frank constituía un discurso obligado y violaba, por tanto, la Primera Enmienda. La Corte Federal del Distrito de Columbia desestimó estos argumentos. Determinó que la SEC había procedido a la reglamentación de manera coherente con la intención del Congreso, es decir:

para lograr la meta de ayudar a poner fin a los abusos contra los derechos humanos causados por el conflicto en la República Democrática del Congo, el Congreso había decidido aplicar la obligación de proporcionar información de la legislación sobre valores para aumentar el conocimiento público sobre el origen de los minerales de zona en conflicto de las empresas y promover la diligencia debida sobre las cadenas de suministro de minerales de zona en conflicto.

La Corte determinó que las normas de la SEC no eran arbitrarias ni caprichosas y que no había nada en la norma ni en el estatuto subyacente que violara los derechos de la Primera Enmienda de las industrias.

## Combinación de reglamentación de la diligencia debida

Una cuarta categoría de opciones de reglamentación para fomentar o exigir la diligencia debida es una combinación de uno o varios de los enfoques anteriores. Los Estados combinan habitualmente aspectos de estos enfoques a fin de crear una estructura de incentivos que promueva en las empresas el respeto por lo dispuesto en las normas y garantice que puede evaluarse su cumplimiento de manera eficiente y efectiva. Por ejemplo, las normas administrativas que regulan la protección del medio ambiente, los derechos laborales, la protección de los consumidores o la lucha contra la corrupción pueden exigir la diligencia debida de las empresas como base para la concesión de una licencia o una aprobación, y pueden exigir también la divulgación, mediante la presentación de informes periódicos, de las actividades de diligencia debida de las empresas. Para hacer cumplir estas normas pueden combinarse sanciones administrativas (multas), sanciones penales y posibles demandas civiles, en cuyo caso la diligencia debida puede ser una eximente.

En marzo de 2013, los Estados Unidos reafirmaron la Ley de Reautorización de la Protección a las Víctimas de la Trata de Personas (TVPRA), que contiene disposiciones en virtud de las cuales los organismos públicos deben colaborar con las empresas para garantizar que sus cadenas de suministro no contengan materiales producidos con mano de obra objeto de trata y que las empresas no contribuyen a la trata de personas con fines de explotación sexual. La Ley reforma además la Ley sobre Organizaciones Corruptas e Influidas por la Extorsión (Ley RICO), de carácter penal, para incluir el fraude en la contratación de mano de obra extranjera como delito determinante, junto con delitos como la esclavitud.

La TVPRA de 2013 no es más que la última de una serie de medidas adoptadas en Estados Unidos para reforzar las normas que regulan el riesgo de participación de las empresas en la trata y otros delitos conexos. En septiembre de 2012, el presidente Obama expidió la Orden Ejecutiva 13627, para “Reforzar la Protección contra la Trata de Personas en los Contratos Federales”, que prohíbe a los contratistas federales realizar determinadas actividades relacionadas con la trata y establece acciones afirmativas a los contratistas y los subcontratistas, entre ellos varios incentivos a la diligencia debida que tienen mucha similitud con las normas que regulan otros esquemas de contratación pública.

Para garantizar el cumplimiento, se exige que los contratistas y sus subcontratistas acuerden por contrato cooperar plenamente en las auditorías e investigaciones del organismo contratante y, en los contratos de más de 500.000 dólares, mantener un plan de cumplimiento, que incluya medidas concretas de diligencia debida. La Orden Ejecutiva abarca todos los contratos federales de bienes y servicios, sean en Estados Unidos o en el extranjero, y el incumplimiento de cualquiera de estas disposiciones puede ser causa de suspensión o terminación del contrato y de posible exclusión de la contratación pública. La Norma Ejecutiva no prevé un derecho privado de demanda, pero existe tal derecho en virtud de la Ley de Protección a las Víctimas de la Trata de Personas (2003): en agosto de 2013, un tribunal federal estadounidense ordenó al contratista de defensa radicado en Estados Unidos, KBR y a su filial jordana, comparecer en juicio en una de las primeras causas abiertas contra una empresa en aplicación de esta legislación.

Esta mezcla de alianza del Estado con la empresa, requisitos de contratación pública, normas de divulgación y recursos penales y civiles es típica de lo que en los Principios Rectores se denomina "combinación inteligente" de medidas para promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. En los mismos Principios Rectores se describe un enfoque combinado de este tipo en relación con la presencia de las empresas en zonas de conflicto armado. Según el principio 7 de los Principios Rectores, "Fomentar el respeto de los derechos humanos por las empresas en zonas afectadas por conflictos”, los Estados deben prestar asistencia a las empresas y colaborar con ellas en la fase más temprana posible para ayudarlas a "identificar, prevenir y mitigar los riesgos" que puedan existir para los derechos humanos en un determinado contexto de conflicto violento. Esta colaboración debe combinarse con la posibilidad de retirar a las empresas el apoyo público si se niegan a cooperar, y de aplicar las "medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos“.

En 2013 se dio un ejemplo de este enfoque a la cuestión de las empresas en zonas de conflicto en relación con las inversiones neerlandesas en la Cisjordania ocupada por Israel. En septiembre, una empresa neerlandesa de ingeniería, Royal Haskoning DHV, anunció que se retiraba de una planta de tratamiento de aguas residuales del territorio ocupado de Jerusalén Oriental.

Tal anuncio surgió por consejo del gobierno de los Países Bajos, que aplica la política de disuadir a las empresas neerlandesas de invertir en los asentamientos israelíes de Cisjordania, porque considera que éstos son ilegales según el derecho internacional. Un funcionario neerlandés explicó a los activistas interesados: "Hemos informado a Royal Haskoning DHV de la obligación que el gobierno neerlandés se ha impuesto de informar activamente a las empresas. No está prohibido que las empresas neerlandesas entablen este tipo de relaciones económicas. Ello es responsabilidad de las propias empresas”.

Royal Haskoning DHV manifestó que se retiraba porque, "tras la debida consulta con varios grupos de interés, la empresa comprendió que seguir participando en el proyecto podía infringir el derecho internacional". El Ministerio Público neerlandés ha explicado claramente en el pasado que considera la actividad de las empresas en los asentamientos un potencial crimen de guerra y ha sugerido que las empresas que hagan negocios en o con los asentamientos deben tomar medidas concretas para poner fin a tales actividades. En octubre, el profesor Richard Falk, Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos en los Territorios Palestinos Ocupados, indicó que su oficina ha intentado informar a las empresas de que sus prácticas en los territorios podrían ser "problemáticas" y de que podrían incurrir por ellas en responsabilidad penal.

# La diligencia debida en 2014

El modo en que los Estados formulen las normas y políticas para alentar y exigir la diligencia debida en materia de derechos humanos dependerá de su tradición jurídica, de la manera como la diligencia debida se utilice usualmente en aplicación de la legislación existente, de la naturaleza de la actividad que se vaya a regular y de los contextos concretos de derechos humanos en cuestión. Sin embargo, atendiendo a los últimos avances, cabe identificar varias prioridades en la promoción de políticas y la elaboración de normas en 2014 y hacia el futuro.

## Dar prioridad a las respuestas del Estado a las empresas en zonas en conflicto

La primera prioridad está en el área de los conflictos violentos en el extranjero. Es aquí donde se cometen los mayores abusos de derechos humanos, y donde cuesta más justificar la inacción del Estado con respecto a los daños que se producen en el exterior. Hay al menos cinco áreas de acción a las que se debe dar prioridad en 2014 y en años posteriores:

* Globalizar y expandir las normas que regulan la gestión responsable de las cadenas de suministro, en particular con respecto a los minerales de zonas en conflicto. Las empresas internacionales están expuestas a la aplicación de la reglamentación de la SEC de Estados Unidos (sección 1502 de la Ley Dodd-Frank), y la UE está examinando normas similares. Se debe evaluar la eficacia del enfoque de la diligencia debida elaborado en la OCDE para la región africana de los Grandes Lagos, y aplicar las enseñanzas al diseño de políticas y leyes que regulen todos los productos que ayudan a sostener los abusos de derechos humanos en los conflictos armados.
* Integrar la diligencia debida en materia de derechos humanos en los regímenes de licencias de exportación. Tras el acuerdo del Tratado sobre el Comercio de Armas (2013), existe una buena base para coordinar las políticas de los Estados respecto a los regímenes de licencias de exportación de armas. En la actualidad, algunos regímenes de licencias de exportación contienen disposiciones relativas a los derechos humanos, pero ninguno parece exigir a los exportadores de armas que demuestren tener en funcionamiento sistemas efectivos de diligencia debida en materia de derechos humanos. Antes de que el Tratado entre en vigor, los Estados deben tomar medidas para garantizar que la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de los solicitantes de licencias de exportación de armas sea parte integrante del proceso de solicitud.
* Prestar asesoramiento y apoyo a las empresas atrapadas en situaciones de guerra y dictadura. Como se explicó anteriormente, los Principios Rectores (en el principio rector 7) y su informe adjunto crean una escala móvil de respuestas de los Estados a las empresas en zonas de conflicto, desde la colaboración con las empresas preocupadas por hacer las cosas bien, hasta la ruptura con las que no cooperan. Los Estados deben tomar medidas para garantizar que sus políticas y prácticas son coherentes con este enfoque.
* Garantizar que existen remedios judiciales para procesar a las empresas que cometan o contribuyan a cometer abusos graves de derechos humanos. Por ejemplo, en noviembre de 2013, fiscales federales suizos confirmaron que habían iniciado una investigación contra Argor-Heraeus SA en respuesta a una denuncia penal interpuesta por la ONG TRIAL alegando que la empresa sabía en 2004 y 2005 que el oro que manejaba procedía de saqueos perpetrados en la República Democrática del Congo durante el conflicto armado. La empresa negó categóricamente la acusación.
* Garantizar la coherencia de los enfoques de los Estados mediante la coordinación internacional en materia de políticas. En su artículo *Recommendations on Follow-Up to the Mandate* ("Recomendaciones sobre el seguimiento al mandato"), el Representante Especial del Secretario General de la ONU para las empresas y los derechos humanos, profesor John Ruggie, señaló que “las jurisdicciones nacionales tienen interpretaciones divergentes sobre la aplicabilidad a las empresas de la prohibición, establecida en las normas internacionales, de los abusos graves contra los derechos humanos, constitutivos potencialmente de delitos internacionales”, e indicó que hacía falta claridad, quizá por medio de un instrumento internacional. El Estado debe iniciar un diálogo multilateral para reducir los obstáculos a la justicia que encuentran las víctimas de abusos graves contra los derechos humanos.

## **Integrar la diligencia debida en las relaciones del Estado con las empresas**

**La segunda área en la que parece evidente la necesidad de medidas por parte del Estado es la de las relaciones empresariales en las que el Estado es un agente económico esencial. Exigir el ejercicio de la diligencia debida como requisito mínimo para hacer negocios con el Estado supone enviar una poderosa señal al mercado y ayuda a elevar el estándar de responsabilidad social de las empresas. El Estado tiene también el deber de hacerlo en virtud de las obligaciones que ha contraído con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos. Los Estados deben exigir a las empresas proceder con la diligencia debida en materia de derechos humanos en el marco de sus relaciones comerciales con los organismos públicos. Este requisito es aplicable a las empresas estatales, los fondos de inversión (pensiones), el desembolso de ayudas al desarrollo en ultramar, el crédito / seguro de crédito a la exportación y la contratación pública.**

## **Consolidar el alcance de la diligencia debida**

Los Estados deben garantizar que cuando fomentan o exigen la diligencia debida a las empresas éstas no menoscaben las normas establecidas que regulan el alcance de la diligencia debida. La letra y el espíritu de los Principios Rectores, y de los instrumentos nacionales e internacionales basados en los Principios Rectores, buscan impedir que las empresas eludan la responsabilidad derivando en terceros las actividades potencialmente perjudiciales por medio de sus relaciones comerciales.

Uno de los principales problemas de la agenda de la responsabilidad social de las empresas es el menoscabo de la rendición de cuentas y el respeto de las normas jurídicas, en cuestiones como la protección del medio ambiente o los derechos laborales, mediante el uso creativo de las relaciones empresariales, las diversas formas de entidad empresarial y la organización o estructura de los grupos empresariales transjurisdiccionales. El enfoque de los Principios Rectores y los instrumentos conexos radica en definir la responsabilidad de las empresas de manera que se reconozcan los límites formales de la entidad jurídica establecida conforme al derecho de sociedades en la mayoría de las jurisdicciones, al mismo tiempo que se impide que la elección de la forma organizativa sea un obstáculo para abordar los daños o infracciones potenciales derivados de las actividades empresariales de esa entidad o sus socios.

El análisis realizado para el informe de 2012 indica que la diligencia debida se utiliza de manera similar en distintos sistemas jurídicos. En las jurisdicciones nacionales se utiliza la diligencia debida para superar los obstáculos para la reglamentación efectiva impuestos por estructuras empresariales complejas o por actividades trans-jurisdiccionales. En los ordenamientos jurídicos nacionales, la responsabilidad de las empresas de ejercer la diligencia debida no acaba en el límite jurídico de la empresa en particular. La diligencia debida se extiende por todo el grupo empresarial y, en algunos casos, es de ámbito global y alcanza a todas las relaciones empresariales. Es así en el caso de las leyes nacionales e internacionales que regulan la lucha contra la corrupción (Reino Unido), la seguridad en el trabajo (China), los minerales de zonas en conflicto (Estados Unidos) y la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad (Estados Unidos), así como con respecto a las demandas civiles (Reglamento "Bruselas I" de la UE).

El propósito del concepto de la diligencia debida es exigir a las empresas que determinen los daños o infracciones, los prevengan o mitiguen y se responsabilicen de ellos. Al hacerlo en todas las relaciones empresariales globales de una empresa, el alcance de la diligencia se concibe con miras a superar otros límites legales, como la realidad de las entidades jurídicas separadas o de jurisdicciones separadas. Por tanto, su alcance está en primer lugar, determinado ante todo por la naturaleza del daño que hay que evitar.

## **Divulgación de la diligencia debida**

**Una cuarta y última área que necesita una solución de política pública es la de la divulgación de la diligencia debida por parte de las empresas. Es inherente a la diligencia debida identificar los riesgos que la empresa debe evitar, y en la diligencia debida en materia de derechos humanos lo es determinar los riesgos de daño a las personas. Pocas empresas van a divulgar o publicar por voluntad propia información que identifique tales riesgos.**

**Las leyes y las políticas públicas tienen que crear un entorno en el que la información sobre la diligencia debida**—**los riesgos y lo que se haya hecho para abordarlos**— **se pueda publicar. Las leyes generales sobre la presentación de informes de responsabilidad social de las empresas son parte de la respuesta, pero por el momento no exigen una divulgación suficiente. Los procesos con múltiples grupos de interés pueden ser de utilidad, pero el grado de transparencia que pueden facilitar sobre la diligencia debida depende en parte de la naturaleza del marco jurídico aplicable a una determinada industria o a la protección de un determinado conjunto de derechos. Será necesaria una combinación de obligaciones de divulgación y presentación de informes, que incluya requisitos de obligado cumplimiento del tipo de la presentación de informes sobre minerales de zona en conflicto.**