

**DOCUMENTO PARA CONSULTAR:
LA DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

[Robert McCorquodale y Marcos Orellana](#)

Para el proyecto de la Red-DESC y FIDH: [Iniciativa por el Tratado](#)

Introducción

La diligencia debida en materia de derechos humanos es un concepto fundamental de los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (UNGPs por sus siglas en inglés). Enlazando los tres pilares articulados por los UNGPs, es decir respeto, protección y recursos, la diligencia debida en materia de derechos humanos se refiere a la responsabilidad y actividades por las cuales las empresas deben identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas respecto de los daños que causan, a los cuales contribuyen o con los cuales están relacionados. La diligencia debida en materia de derechos humanos se ubica en la raíz del establecimiento de sistemas y procesos de derechos humanos efectivos, y hacer frente a los impactos sobre los derechos humanos causados por las empresas.

Un convenio internacional sobre derechos humanos y empresas podría ofrecer métodos para determinar actividades clave de las empresas que incluyan la diligencia debida en materia de derechos humanos. También podría establecer mecanismos para verificar el cumplimiento de estas actividades y determinar las consecuencias cuando la diligencia debida en materia de derechos humanos no es cumplida apropiadamente por las empresas. Este documento informativo describe los elementos de la diligencia debida en materia de derechos humanos y sugiere algunos procesos y procedimientos que podrían ser incluidos en un convenio. Como base de estas propuestas está la preocupación acerca de la falta de una definición clara de la diligencia debida en materia de derechos humanos en los Principios Rectores.

El Concepto de la Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos

El concepto de la diligencia debida en materia de derechos humanos es definido por la ONU del siguiente modo:

“la medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que normalmente actúa, una [persona] prudente y razonable en unas circunstancias determinadas; no se mide por una norma absoluta, sino dependiendo de los hechos relativos del caso en cuestión”. En el contexto de los Principios Rectores, la diligencia debida en materia de derechos humanos constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en el

que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos.¹

El uso del término “diligencia debida” en los Principios Rectores parece ser una fusión de la obligación legal internacional de derechos humanos sobre diligencia debida en relación a las acciones de actores no estatales,² y la práctica empresarial generalizada de la diligencia debida, como por ejemplo en el financiamiento de proyectos y en fusiones y adquisiciones.³ Estos son conceptos distintos, ya que el primero es un estándar de conducta para defender los derechos humanos y el último es un proceso empresarial en caso de riesgos.

Existe también una diferencia de responsabilidad en las empresas con relación a la diligencia debida por sus propios actos, donde causan o contribuyen a causar impactos adversos en los derechos humanos, y las acciones de terceras partes (tales como en una cadena de suministros), donde deberían prevenir o mitigar los impactos adversos en los derechos humanos y no ser cómplices en abusos cometidos por terceras partes.⁴ Esta diferencia es importante si existirá un requisito en el convenio para que las empresas matrices tengan responsabilidad sobre la diligencia debida de sus subsidiarias, como se sugiere en la Ley Francesa actual acerca de la obligación de “vigilancia”⁵ y alguna jurisprudencia acerca de la obligación de cuidado. También sería relevante en términos de si es posible transferir responsabilidades a lo largo de la cadena de valor, como por ejemplo a través de una provisión contractual, o si existe una responsabilidad de diligencia debida que permanece con la empresa en todo momento. La terminología de “empresas” utilizada en los Principios Rectores insinúa la idea de que cada empresa o corporación no es vista como un ente aislado, incluso si las partes de la misma funcionan en diferentes estados.

Posibles Provisiones del Convenio relacionadas con el Concepto de Diligencia Debida en Materia de Derechos Humanos

En el convenio se podría establecer que toda diligencia debida en materia de derechos humanos debe ser llevada a cabo de acuerdo con, como mínimo, los estándares internacionales de los Principios Rectores. Sin embargo las posibles provisiones del convenio sobre este tema que se relacionan con su concepto incluirían una provisión respecto a que una corporación mantiene la responsabilidad por las acciones sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos en todo momento, incluyendo a sus subsidiarias y otros componentes de la empresa. Podría incluir también requisitos de diligencia debida a ser incluidas en todos los contratos de negocios, incluyendo a lo largo de su cadena de calor, así como que el monitoreo activo siga siendo responsabilidad de la parte contratante. Para los fines del convenio, el concepto de la diligencia debida en materia de derechos humanos podría quedar abierto a la interpretación por medio de la jurisprudencia y la legislación.

Los estados también podrían reconocer dentro del convenio que el país de origen de una empresa mantiene cierta responsabilidad legal internacional respecto a las acciones de la corporación en

¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos: Guía para la interpretación* (2012), p. 7

² Ver *Velasquez Rodriguez v. Honduras* (1989) 28 ILM 294.

³ Ver por ejemplo, J. Perry and T. Herd, ‘Mergers and Acquisitions: Reducing M&A Risk through Improved Due Diligence’, (2012) 32 *Strategy & Leadership* 12.

⁴ Principio Rector 13

⁵ Ver <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1519.asp>

todas sus actividades, sin importar donde funcione una sección de la empresa. Una de las formas de llevar esto a cabo podría estar relacionada con solicitar al país de origen que contribuya con la cooperación internacional y construcción de capacidades en el país anfitrión.

Elementos de la Diligencia Debida en Materia de Derechos Humanos

El Principio Rector 17 establece los elementos de la diligencia debida en materia de derechos humanos:

Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la diligencia debida en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.

La diligencia debida en materia de derechos humanos:

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;
- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

Por tanto la diligencia debida en materia de derechos humanos tiene cuatro elementos: identificar, prevenir, mitigar y la rendición de cuentas. Estos elementos y sus componentes son explicados en el Principio Rector 17:

- Una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos;
- La integración de las conclusiones, y la actuación al respecto;
- El seguimiento de las respuestas;
- La comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas; y
- Como un proceso continuo.

El Principio Rector 17 también continúa distinguiendo entre la diligencia debida en materia de derechos humanos por causa de las consecuencias negativas en los derechos humanos que una empresa pueda causar o a los que pueda contribuir por sus propias actividades, y la diligencia debida en materia de derechos humanos debido a consecuencias negativas causadas por terceras partes. Reconoce que la diligencia debida en materia de derechos humanos variará en complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones. Los últimos temas mencionados parecen requerir de la existencia de un organismo externo que evalúe las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, pues entonces se podrán analizar ejemplos comparativos adecuados, y se considerarán los principales derechos humanos relacionados con cada operación o proyecto.

La evaluación de reales y posibles consecuencias negativas sobre los derechos humanos usualmente se lleva a cabo a través de evaluaciones periódicas de las consecuencias sobre los derechos humanos. Generalmente esto cubrirá todos los asuntos de una operación o proyecto “sobre el terreno”, e incluirá la identificación de riesgos para los derechos de todos los actores. Con el fin de que se integre a la empresa, deberán existir tanto políticas de derechos humanos (no solo políticas de responsabilidad social corporativa) como convenios a nivel de junta, así como su inclusión en todos los contratos y procesos. El Principio Rector 17 deja en claro que estas medidas por sí solas no son suficientes, ya que debe actuarse respecto a los hallazgos de las evaluaciones de consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hacer seguimiento a las respuestas a los actores afectados. Esto probablemente requiere que la empresa incorpore una estrategia de derechos humanos a sus operaciones a todo nivel, y brinde entrenamiento y construcción de capacidades para sus empleados y contratistas (incluyendo a los gobiernos cuando sea pertinente), así como la comunicación con todos los otros actores (con la consulta como elemento clave), acerca de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos. Esto nos lleva a los requisitos de información.

Se necesitan métodos efectivos de monitoreo e informe para garantizar que existe una diligencia debida en materia de derechos humanos. De hecho,

Toda vez que las situaciones de derechos humanos son dinámicas, las evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos deben llevarse a cabo a intervalos regulares: antes de emprender una nueva actividad o de establecer una nueva relación comercial; antes de adoptar decisiones importantes o de aplicar cambios operacionales (por ejemplo, entrada en el mercado, lanzamiento de productos, cambios de normativa o transformaciones más profundas de la actividad empresarial); en respuesta o en previsión de cambios en el entorno operacional (por ejemplo, un aumento de las tensiones sociales); y periódicamente durante el ciclo de vida de una actividad o relación comercial.⁶

Este enfoque es similar a la diligencia debida de un Estado en materia de derechos humanos dado que los derechos humanos no son una protección de excepción.

Los requisitos de la diligencia debida en materia de derechos humanos son incorporados cada vez más frecuentemente en la legislación. Los ejemplos incluyen la Ley Dodd-Frank de los Estados Unidos,⁷ los requerimientos de informes del Departamento de Estado de los EEUU para las compañías estadounidenses en Birmania,⁸ y la Directiva de la Unión Europea sobre la divulgación de información no-financiera por parte de ciertas grandes empresas.⁹

Posibles Provisiones del Convenio relacionadas con los Elementos de la Diligencia Debida en Materia de Derechos Humanos

El Convenio puede establecer obligaciones claras para los estados respecto a adoptar leyes u otras regulaciones para exigir a las empresas que identifiquen, prevengan, mitiguen y rindan cuentas

⁶ Comentario al PR 18.

⁷ Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección del Consumidor (2010) 12 USC 5301 (US), s 1502.

⁸ Departamento de Estado de los EEUU: ‘Responsible Investment Reporting Requirements’ (2012),

<http://www.humanrights.gov/wp-content/uploads/2013/05/Responsible-Investment-Reporting-Requirements-Final.pdf>.

⁹ Directiva del Parlamento y Consejo Europeos. Directiva 2014/95/EU del 22 de octubre de 2014.

sobre las consecuencias negativas de sus operaciones sobre los derechos humanos. Esto se puede lograr exigiendo a todas las empresas llevar a cabo evaluaciones de impacto en los derechos humanos en etapas clave, por ejemplo para actividades u operaciones nuevas o modificadas y cuando las circunstancias cambian, y al menos una vez al año. Esto normalmente incluirá proporcionar pruebas de la integración, seguimiento y comunicación transparente acerca de cómo se hace frente a las consecuencias negativas. También es importante que se requiera de una consulta libre e informada con los actores, especialmente las comunidades locales, que sea llevada a cabo de manera apropiada, y que la evaluación del impacto en los derechos humanos y otros elementos de la diligencia debida en materia de derechos humanos cuenten con supervisión externa. Se necesitará establecer consecuencias legales cuando no se cumpla con todos estos requisitos.

Defensas respecto a la Diligencia Debida en Materia de Derechos Humanos

Existe cierto debate respecto a si la empresa puede basarse en cumplir con la diligencia debida en materia de derechos humanos como defensa frente a una denuncia de abuso de los derechos humanos. En algunos estados, comprobar el cumplimiento con la diligencia debida proporciona una defensa contra la responsabilidad,¹⁰ permite una reducción de la sentencia¹¹ o brinda un recurso de defensa cuando la empresa puede probar que había implementado los ‘procedimientos adecuados’ para prevenir un impacto.¹²

Sin embargo, el Representante Especial sobre Derechos Humanos y Empresas parece indicar que él no apoyó el uso de la diligencia debida en materia de derechos humanos como defensa, al menos en lo que respecta al impacto de la empresa misma sobre los derechos humanos.¹³ Y, como se ha visto anteriormente, existe una diferencia entre las responsabilidades de una empresa, como entre las acciones de la misma empresa por las cuales causó o contribuyó a causar consecuencias negativas sobre los derechos humanos, y las acciones de terceras partes, de modo que la empresa debería prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos.¹⁴ Por tanto el mejor enfoque podría ser permitir utilizar como defensa el haber cumplido con la diligencia debida en materia de derechos humanos sólo cuando las consecuencias negativas sobre los derechos humanos sean causadas por terceras partes. De modo que si la empresa ha realizado apropiadamente la diligencia debida en materia de derechos humanos y existen impactos negativos imprevistos en los derechos humanos causados por una tercera parte, se podría considerar que la compañía hizo todo lo posible para prevenirlos. Esto también sería relevante para las denuncias de complicidad en contra de una empresa.

¹⁰ Ver por ejemplo la sección 90 (1) de la Ley de Servicios y Mercados Financieros de 2000 del Reino Unido, y la sección 11(b)(3)(A) de la Ley de Valores de 1933 de EEUU.

¹¹ Ver por ejemplo §8B2.1. del ‘2011 Federal Sentencing Guidelines Manual’ de la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos, disponible en <http://www.usss.gov/guidelines-manual/2011/2011-8b21> donde señala: ‘La diligencia previa de una organización en un afán de prevenir o detectar conducta criminal tiene relación directa con las penalidades apropiadas y los términos de prueba para la organización si es hallada culpable y sentenciada por un crimen.’

¹² Ley de Sobornos de 2010, Reino Unido, Sección 7(1). El Ministerio de Justicia del Reino Unido ha incluido la diligencia debida como uno de tales ‘procedimientos adecuados’.

¹³ Informe Ruggie 2010. UN Doc.A/HRC/14/27, párrafo 86: ‘[Yo] no apoyaría propuestas respecto a que, la diligencia debida en materia de derechos humanos por sí misma deba absolver automática y completamente a una empresa del Estatuto Alien Tort (Ley de reparación de agravios a ciudadanos extranjeros) o una responsabilidad similar’.

¹⁴ PR 13.

Posibles Provisiones del Convenio Relacionadas con la Defensa utilizando la Diligencia Debida en Materia de Derechos Humanos

El convenio podría incluir una provisión que permita que una compañía que ha implementado adecuadamente la diligencia debida en materia de derechos humanos pueda utilizarla como defensa ante una denuncia, aunque solo en el caso de que una tercera parte haya causado las consecuencias negativas en los derechos humanos. El peso de la prueba seguiría sobre la empresa para demostrar que su diligencia debida en materia de derechos humanos cumple con lo indicado en el Principio Rector 17.

Preguntas para la Sociedad Civil

1. ¿Un convenio debería intentar definir la diligencia debida en materia de derechos humanos o debería enfocarse en los elementos que una empresa debe realizar para cumplir con la diligencia debida?
2. ¿La empresa matriz, aún si opera en otro país, debe contar con requisitos específicos de diligencia debida para sus subsidiarias que funcionan en otro estado?
3. ¿Qué obligaciones respecto a la diligencia debida en materia de derechos humanos deben ser transmitidas por medio de un contrato a lo largo de la cadena de valor o de suministros? ¿Qué elementos no deberían ser transmitidos? ¿Qué clase de monitoreo debería efectuar la parte contratante original?
4. ¿El país de origen de la empresa debe tener obligaciones legales respecto a las actividades de la empresa en otro país o el país anfitrión debería tener los poderes y obligaciones en relación con estas actividades?
5. ¿Qué aspectos de la evaluación de impacto en los derechos humanos le parecen más importantes? ¿Quién debería conducirla? ¿Cómo le gustaría participar en la evaluación?
6. ¿Cuáles son para usted los mecanismos más efectivos de monitoreo e informe?
7. ¿Cuál es el mejor método de consulta?
8. ¿Cuál debería ser la consecuencia legal de no efectuar adecuadamente la diligencia debida en materia de derechos humanos?
9. ¿Cómo debe apoyar un convenio la construcción de capacidades tanto del país anfitrión como de las empresas locales respecto a la diligencia debida en materia de derechos humanos?
10. ¿Desearía usted que las empresas tengan la posibilidad de defenderse de una denuncia si han implementado apropiadamente la diligencia debida en materia de derechos humanos?
11. ¿Cuál de estos temas le parece el más importante? ¿Deberíamos elaborar una lista priorizada?
12. ¿Tiene alguna sugerencia adicional?

PARA CONTRIBUIR A ESTE DOCUMENTO BORRADOR, FAVOR DE ENVIAR SUS
COMENTARIOS A:

- Marcos Orellana
morellana@ciel.org

Titule su correo con: "Consulta sobre el Contenido del Tratado"