

LA DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: EL PAPEL DE LOS ESTADOS



PROFESSOR OLIVIER DE SCHUTTER
PROFESSOR ANITA RAMASASTRY

MARK B. TAYLOR
ROBERT C. THOMPSON

LA DILIGENCIA DEBIDA
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS:
EL PAPEL DE LOS ESTADOS

Diciembre de 2012

Profesor Olivier De Schutter
Profesor Anita Ramasastry
Mark B. Taylor
Robert C. Thompson

Agradecimientos

La International Corporate Accountability Roundtable, la European Coalition for Corporate Justice (Coalición Europea para la Justicia Corporativa, ECCJ por sus siglas en inglés) y la Canadian Network on Corporate Accountability (Red Canadiense sobre Responsabilidad Corporativa (CNCA)), así como los Autores del presente Informe quisieran agradecer a las siguientes personas y organizaciones por su colaboración durante nuestra ronda de Consultas.

Consulta en África

Nuestro más especial agradecimiento a Flavia Milano, Global Rights, y, Andie Lambe, Global Witness, por organizar y celebrar esta Consulta.

Ali Kaba	Liberia
Benard Ochieng	Kenia
Felicien Mbikayi	República Democrática del Congo
Isioma Kemakolam	Nigeria
Jennifer Spiff	Nigeria
Jerry Nwigwe	Nigeria
John Rebman Kahima	Uganda
Luke Tembo	Malawi
Michel Yobue	Costa de Marfil
Priscilla Chitsinde	Zimbabue
Richard Adjei-Poku	Ghana
Rudo Magundani	Zimbabue

Consulta en Asia y Australia

Nuestro más especial agradecimiento al Dr. Surya Deva, de la Universidad de la Ciudad de Hong Kong, por organizar y celebrar esta Consulta.

Ali Mohsin Qazilbash	Paquistán
Bill Taylor	Hong Kong
Chris King-Chi Chan	Hong Kong
Dina Mani Pokharel	Nepal
Farzana Aslam	Hong Kong
Geetanjali Mukherjee	Singapur
Justine Nolan	Australia
Krishnendu Mukherjee	India
Lan Shiow Tsai	Singapur
Laode Syarif	Indonesia
Mark Kielsgard	Hong Kong
Saito Makoto	Japón
Surya Deva	Hong Kong
William Nee	China
Xiaohui Liang	China

Consulta en Europa

Nuestro más especial agradecimiento a Sanne Borges, Amnistía Internacional Dinamarca y al Grupo Danés 92 - Foro para el Desarrollo Sostenible, por organizar y celebrar esta Consulta.

Andie Lambe	Reino Unido
Aurelia Butler	Reino Unido
Carlos Cordero Sanz	España
Cédric Grolleau	Bélgica
Channa Samkalden	Países Bajos
David Chivers QC	Reino Unido
Evie Francq	Bélgica
Gaby Quijano	Reino Unido
Karin Buhmann	Dinamarca
Luca Saltalamacchia	Italia
Margaret Wachenfeld	Bélgica
Marie-Caroline Caillet	Francia
Miriam Saage Maasz	Alemania
Nicola Jägers	Países Bajos

Consulta en Norteamérica

Nuestro más especial agradecimiento a Rachel Taylor, Emily Sharpe, y Joanna Wasik, del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, por organizar y celebrar esta Consulta.

Eric Biel	EE.UU
Jonathan Kaufman	EE.UU
Marina Colby	EE.UU
Meg Roggensack	EE.UU
Piper Hendricks	EE.UU
Sarah Altschuller	EE.UU
Sol Milius	EE.UU
Aaron Dhir	Canadá
Catherine Coumans	Canadá
Jamie Kneen	Canadá
Karyn Keenan	Canadá
Penelope Simons	Canadá
Sara Seck	Canadá

Consulta en Sudamérica y Centroamérica

Nuestro más especial agradecimiento a Denise Auclair y Geraldine McDonald, CIDSE; y Miriam De la Cruz Ramírez, Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS), por organizar y celebrar esta Consulta.

Geraldine McDonald	Reino Unido
Andrea Torres Bobadilla	Colombia
Antonio Manganella	Francia
Carla García Zendejas	EE.UU
Carlos Monge	Perú
David Velazco	Perú
Dora Lucy Arias	Colombia
Flavia Milano	EE.UU
Francisco Bustamente	Colombia
Humberto Ortiz Roca	Perú
Mary Durran	Canadá
Pedro Landa	Honduras
Santiago Fischer	Bélgica
Sergio Moreno Rubio	Colombia
Teresa María Fuentes Maldonado	Guatemala
Vanessa Schaeffer	Perú
Victor Ricco	Argentina
Walter Arteaga	Bolivia
Walter Blake	Perú

Los Autores desean reconocer y agradecer el apoyo institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington, el Instituto Fafo de Estudios Internacionales Aplicados, el Centro de Recursos de Consolidación de la Paz de Noruega (Noref), y la Universidad de Lovaina.

Los Autores también desean agradecer a Amol Mehra y Katie Shay, de la *International Corporate Accountability Roundtable*; Filip Gregor, del Servicio de Derecho Medioambiental; Jérôme Chaplier y Yolaine Delaygues, de la Coalición Europea para la Justicia Corporativa; Catherine Coumans, MiningWatch Canadá, y Garrett Heilman, J.D. Candidate, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington.

Los Autores y los Responsables del Proyecto están especialmente agradecidos a la CIDSE por haber facilitado la traducción al español del presente Informe.

Índice de Contenidos

Prólogo	1
Resumen	3
I. Introducción	7
II. Posibilidades de Reglamentación para los Estados	11
1. RESPONSABILIDAD PENAL PARA LAS EMPRESAS QUE NO ACTÚEN CON LA DILIGENCIA DEBIDA	12
La Diligencia Debida y la Fase de la Acusación	16
La Diligencia Debida y la Fase de Instrucción	16
La Diligencia Debida y la Fase de Imposición de la Sentencia	17
2. RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LAS EMPRESAS QUE NO ACTÚEN CON LA D. DEBIDA	18
3. SANCIONES ADMINISTRATIVAS PARA LAS EMPRESAS QUE NO ACTÚEN CON LA DILIGENCIA DEBIDA	20
Diligencia Debida y Salud y Seguridad Ocupacionales	21
Diligencia Debida y Protección Medioambiental	22
Diligencia Debida y Prevención del Blanqueo de Capitales y Flujos Ilícitos	24
4. LA DILIGENCIA DEBIDA COMO CRITERIO PARA LA APROBACIÓN REGLAMENTARIA	27
Diligencia Debida y Evaluaciones de Impacto Medioambiental	28
Diligencia Debida y Proyectos de Infraestructuras y Desarrollo en el Extranjero	32
5. LA DILIGENCIA DEBIDA COMO REQUISITO PARA HACER NEGOCIOS CON EL GOBIERNO	33
Diligencia Debida y Procesos de Licitación ‘Ecológicos’	34
Diligencia Debida y Normas Éticas para la Intervención de los Fondos del Estado	37
6. D. DEBIDA COMO CONDICIÓN PARA EL APOYO AL COMERCIO Y A LA INVERSIÓN	38
Diligencia Debida y Agencias de Crédito a la Exportación	38
Diligencia Debida y Preferencias Comerciales	42
7. ALENTAR LA DILIGENCIA DEBIDA A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES	44
8. REQUISITOS DE NOTIFICACIÓN, TRANSPARENCIA Y DIVULGACIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA	50
III. El Alcance de la Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos	57
IV. Procedimientos de Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos	65
1. LA RESPONSABILIDAD DE IDENTIFICAR IMPACTOS REALES O POTENCIALES	65
2. LA RESPONSABILIDAD DE PREVENIR Y MITIGAR	66
3. LA RESPONSABILIDAD DE RENDIR CUENTAS	68
V. Conclusiones	69
VI. Recomendaciones	73
Notas Finales	76

Prólogo

La capacidad de los Estados de proteger los derechos humanos no ha avanzado al mismo ritmo que la expansión de la actividad económica mundial. Mientras las empresas han ido ganando cada vez más derechos económicos, acceso a los mercados y movilidad, los gobiernos han sido incapaces de encontrar un equilibrio entre el poder de esas empresas y el deber del Estado de proteger los derechos humanos.

En teoría, las víctimas de los daños causados parcial o íntegramente por una empresa deberían poder reclamar ante las autoridades gubernamentales y obtener una reparación. Sin embargo, con demasiada frecuencia, estas reclamaciones se ven frustradas por la falta de recursos formales en el Estado de residencia de la víctima o de la empresa. En pocas palabras, a menudo las víctimas se ven desprovistas de los medios necesarios para hacer frente a los abusos contra los derechos humanos. Además, en aquellas circunstancias en las que sí existen recursos apropiados, las víctimas siguen sufriendo dificultades para acceder a la justicia debido a toda una serie de obstáculos legales, financieros y políticos: las complejas estructuras corporativas pueden diluir precisamente la responsabilidad exacta de los daños causados; las trabas jurisdiccionales pueden hacer que los litigios transnacionales resulten costosos y difíciles; los tribunales o fiscales pueden carecer de los conocimientos técnicos adecuados; la corrupción o la represión política pueden hacer imposible cualquier proceso de esta índole. En algunos Estados, las autoridades pueden verse incapaces de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos debido a la falta de instituciones adecuadas o la fragilidad de la estructura de gobierno.

El concepto de diligencia debida en materia de derechos humanos está adquiriendo cada vez más importancia como herramienta potencial para hacer frente a retos indisociables: forjar un mejor comportamiento por parte de las empresas y facilitar el acceso de las víctimas a la justicia cuando dichas empresas no cumplen con las normas establecidas por la sociedad. La diligencia debida en materia de derechos humanos no sustituye en sí los mecanismos eficaces de reparación con los que deben contar las víctimas, sino más bien constituye un medio por el cual las empresas pueden identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de los daños que puedan causar; y a través del cual los órganos judiciales y regulatorios pueden evaluar el respeto de los derechos humanos por parte de éstas.

El proyecto de diligencia debida en materia de derechos humanos fue iniciado por la *Corporate Accountability International Roundtable* (ICAR)¹, la Coalición Europea para la Justicia Corporativa (ECCJ, por sus siglas en inglés)² y la Red Canadiense sobre Responsabilidad Corporativa (CNCA)³. El objetivo del proyecto es analizar cómo los gobiernos podrían utilizar su autoridad de reglamentación para obligar o alentar a las empresas a participar en actividades de diligencia debida en materia de derechos humanos.

A petición de las coaliciones que pusieron en marcha el proyecto, nos reunimos como grupo de expertos para coordinar la recepción de las diferentes contribuciones y elaborar el informe final.

Redactamos las bases del estudio de investigación y planificamos y solicitamos el asesoramiento de expertos jurídicos de varias regiones de todo el mundo. Durante la mayor parte de 2012, asistimos a las consultas con dichos expertos jurídicos y con la sociedad civil en África, Asia, Europa y las Américas, escuchando a profesionales y académicos de diversas jurisdicciones sobre qué tipo de normativa relativa a la diligencia debida existe, si esta normativa es realmente aplicable, y si funciona o no en sus propios países. Recibimos muchos ejemplos de legislación sobre diligencia debida que confirmaron nuestra sensación inicial de que esta reglamentación es común a la mayoría de las jurisdicciones. Pero estos ejemplos se acompañaban de un mensaje muy claro: muchos de los textos legislativos no se ejecutan en la práctica o no se aplican plenamente por los Estados.

Sin embargo, también nos dimos cuenta de que estas reglamentaciones siguen siendo muy eficaces en la prevención o mitigación del daño, incluso si los Estados no las aplican correctamente. En muchos casos, los procesos de diligencia debida en vigor no mencionan en absoluto los derechos humanos o, si lo hacen, sólo de forma tangencial. En efecto, encontramos más ejemplos en el ámbito de la protección del medio ambiente, la seguridad de los productos o el blanqueo de dinero, que en el ámbito de los derechos humanos como tal. Estos ejemplos nos han dado lecciones importantes, y han tenido un impacto profundo en nuestra forma de pensar a la hora de describir las prácticas estatales. Sin el inestimable asesoramiento y conocimiento de todos los que participaron, nuestra tarea hubiera sido mucho más difícil y el resultado menos consecuente. Estamos en deuda con todos ustedes.

Nuestro más sincero agradecimiento a todas las organizaciones miembros de las coaliciones que nos han invitado a participar en el Proyecto. Ha sido un privilegio contribuir a un debate tan oportuno, con todo el contenido que hemos podido reunir, durante un período de consulta corto pero intenso. Ha sido un placer contar con la ayuda de excelentes profesionales que han liderado el proyecto: Amol Mehra, ICAR, Filip Gregor, ECCJ, y Coumans Catherine, CNCA. Todos los puntos de vista y los errores son, por supuesto, nuestros.

Profesor Olivier De Schutter
Profesor Anita Ramasastry
Mark B. Taylor
Robert C. Thompson

Resumen

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (“Principios Rectores”)⁴ afirman que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y los Estados la obligación de garantizar este respeto. Los Principios Rectores incluyen en la definición de protección por parte de los Estados la necesidad de adoptar “las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos [de los derechos humanos] mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”⁵. Los Principios Rectores hacen referencia a la diligencia debida como un medio operativo para que las empresas respeten los derechos humanos, pero no especifican cuáles son las opciones disponibles para que los Estados garanticen la aplicación de estos procesos de diligencia debida por parte de las empresas.

El proyecto de diligencia debida en materia de derechos humanos pretende establecer en qué grado los sistemas jurídicos de los Estados ya hacen uso de las reglamentaciones sobre la diligencia debida para garantizar que las empresas respeten las normas establecidas. El proyecto también trata de describir una serie de opciones normativas que permitirían a los responsables políticos dar los siguientes pasos necesarios para garantizar que las empresas respetan los derechos humanos.

Este informe es el resultado del proceso de consultas celebrado con abogados y académicos de todo el mundo sobre cómo los Estados ya utilizan normas de diligencia debida para asegurarse de que el comportamiento de las empresas es coherente con las expectativas sociales. Los autores fueron seleccionados por la *Corporate Accountability International Roundtable* (ICAR), la Coalición Europea para la Justicia Corporativa (ECCJ, por sus siglas en inglés) y la Red Canadiense sobre Responsabilidad Corporativa (CNCA). A partir de un conjunto estructurado de preguntas destinadas a identificar las distintas maneras en que los Estados garantizan que las empresas ejercen la diligencia debida, los autores buscaron la colaboración de expertos familiarizados con varias áreas de derecho sustantivo, tanto derecho civil como derecho consuetudinario, en los sistemas legales de los países de cada una de las regiones consultadas, incluyendo las economías más grandes. Nuestro interés por buscar ejemplos multi-jurisdiccionales era tener en cuenta las diferencias entre las distintas culturas y sistemas jurídicos, así como entre varios niveles de desarrollo económico. Este enfoque permitió a los participantes en las consultas destacar las características distintivas de sistemas legislativos particulares en sus áreas de especialización. El proyecto finalmente obtuvo más de cien ejemplos de regímenes de diligencia debida (los “Ejemplos”) en más de veinte Estados⁶, procedentes de una amplia variedad de sectores normativos. Los autores también pudieron recurrir a su propia experiencia en derecho mercantil y derecho de sociedades, legislación sobre los derechos humanos, derecho penal nacional e internacional y derecho medioambiental.

Los Ejemplos ilustran la diversidad de enfoques relativos al uso de la autoridad de reglamentación en la promoción de la diligencia debida, tal y como se refleja en el Informe. El proyecto se

encuentra ahora en el proceso de preparación de una base de datos que contenga una breve descripción de los Ejemplos, junto con referencias legales y enlaces informáticos. La base de datos estará disponible en la página web de ICAR poco después del comienzo del próximo año⁷. El Proyecto está considerando mantener la base de datos como un programa permanente, al que otras partes interesadas podrían contribuir con ejemplos adicionales. Los autores esperan que la base de datos sea de gran ayuda para los funcionarios públicos, legisladores, miembros de la sociedad civil y otros en su búsqueda por encontrar la manera de poner en práctica los elementos de diligencia debida en materia de derechos humanos de los Principios Rectores.

La principal conclusión del informe es que los Estados pueden hacer un uso mucho mayor de los instrumentos jurídicos existentes para garantizar que las empresas respeten los derechos humanos en general y apliquen procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos en particular. Las leyes de protección laboral, de los consumidores y del medio ambiente, por ejemplo, sirven para proteger a los diferentes titulares de derechos. Estas leyes brindan la posibilidad de integrar una protección mayor de los derechos humanos en sus sistemas de diligencia debida. Los Estados cuentan ya con una serie de técnicas para garantizar que las empresas integren en sus procesos de decisión consideraciones que no sean puramente a corto plazo ni meramente impulsadas por los beneficios. Dichos Estados ya han impuesto diversas obligaciones de actuar con la diligencia debida con respecto a toda una serie de valores como la protección del consumidor, la protección del medio ambiente, la lucha contra el blanqueo de dinero o la trata de personas. Además de estas obligaciones, los Estados han creado fuertes incentivos para alentar a las empresas a diseñar maneras de tener en cuenta estas preocupaciones. Los derechos humanos deben gozar ahora del mismo grado de atención. En efecto, más allá de las leyes que protegen los intereses de los consumidores, los trabajadores y el medio ambiente, los autores apenas encontraron referencias explícitas a los derechos humanos en la diversidad de regímenes de diligencia debida que existen en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados. Los Estados pueden hacer mucho más para aprovechar los reglamentos existentes como parte de su obligación de garantizar que las empresas lleven a cabo procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos. Además, con el fin de consolidar y fortalecer las protecciones existentes, y para avanzar en la protección de toda la gama de derechos humanos, los Estados deben analizar todas las posibles opciones normativas que hacen uso de la diligencia debida, incluyendo las presentadas en el presente informe, para garantizar que las empresas respeten los derechos humanos.

Basándose en la práctica de los Estados y las normas internacionales, el informe concluye lo siguiente:

En primer lugar, el Informe confirma que el origen de la diligencia debida no es ni una creación del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ni una medida voluntaria de responsabilidad social de las empresas. La diligencia debida se origina a partir de las herramientas

jurídicas que los Estados ya utilizan para garantizar que el comportamiento de las empresas corresponde con las expectativas sociales, incluidas las normas establecidas en la ley.

El Informe establece que los procedimientos reglamentarios de diligencia debida encontrados en varios sistemas legales son consistentes con los procesos descritos en los Principios Rectores y otros instrumentos internacionales.

El Informe describe cómo el concepto de requisitos de diligencia debida se encuentra en áreas del derecho que son análogos o directamente relacionadas con los derechos humanos, como los derechos laborales, la protección del medio ambiente, la protección del consumidor y la lucha contra la corrupción.

El Informe también establece que los requisitos de diligencia debida pueden utilizarse para garantizar que las empresas permitan superar los obstáculos que plantean sus complejas estructuras o actividades transnacionales y que acaben socavando la aplicación de una reglamentación efectiva.

Las opciones descritas en el presente Informe indican al menos cuatro enfoques reguladores principales a través de los cuales los Estados pueden garantizar que las empresas desarrollan actividades de diligencia debida en materia de derechos humanos. Por lo general, estos enfoques coexisten dentro de las mismas jurisdicciones y sistemas legales.

El primer enfoque impone el ejercicio de la diligencia debida como una cuestión de cumplimiento normativo. Los Estados aplican normas que requieren que las empresas lleven a cabo procesos de diligencia debida, ya sea directamente mediante una obligación jurídica formulada en una ley, o indirectamente al ofrecer a las empresas la oportunidad de utilizar la diligencia debida como defensa contra las acusaciones de violaciones penales, civiles o administrativas. Por ejemplo, los tribunales utilizan la diligencia debida de las empresas para evaluar el cumplimiento por parte de éstas de las normas de protección del medio ambiente, de los trabajadores y de los consumidores, y de lucha contra la corrupción. Del mismo modo, los organismos reguladores suelen exigir la diligencia debida a las empresas como requisito básico para la concesión de autorizaciones y licencias para el desarrollo de múltiples actividades empresariales.

El segundo enfoque regulador se centra en proporcionar incentivos y beneficios a las empresas, a cambio de que puedan demostrar el ejercicio de la diligencia debida. Por ejemplo, para que las empresas puedan acceder a créditos a la exportación, sellos de calidad o de otra naturaleza y otras formas de apoyo estatal, los Estados suelen exigir la diligencia debida relativa a los riesgos ambientales y sociales.

Un tercer enfoque consiste en que los Estados fomenten la diligencia debida a través de mecanismos de transparencia y divulgación de la información. Los Estados aplican normas que

obligan a las empresas a revelar la existencia o ausencia de actividades de diligencia debida, así como de cualquier tipo de daño identificado que sus actividades puedan crear, como la presencia de trabajo infantil en la cadena de suministro de una empresa. Los participantes del mercado tratarán pues de limitar cualquier daño identificado a partir de los informes presentados por las empresas. Por ejemplo, las leyes de títulos de valores, las leyes de protección de los consumidores y los requisitos de presentación de informes relativos a la responsabilidad social de las empresas operan según la premisa de que la información sirve los intereses de toda una serie de actores (consumidores, inversores, reguladores, y todas aquellas personas que pudieran verse afectadas por las actividades de una empresa) y genera la necesidad de emprender diversas acciones.

Una cuarta categoría implica una combinación de uno o más de los enfoques anteriormente mencionados. Los Estados a menudo combinan diversos aspectos de estos enfoques con el fin de construir una estructura de incentivos que promueva el respeto por parte de las empresas de las normas establecidas en la legislación y garantice que el cumplimiento se pueda evaluar de una manera eficiente y eficaz. Por ejemplo, las normas administrativas que rigen la protección del medio ambiente, los derechos laborales, la protección del consumidor o la lucha contra la corrupción pueden exigir a las empresas que efectúen procesos de diligencia debida como requisito básico para la obtención de una licencia o aprobación, y pueden también exigir la redacción de informes periódicos sobre sus actividades en materia de diligencia debida. Para motivar el cumplimiento de dichos reglamentos se pueden combinar sanciones administrativas, como multas, y sanciones penales; además de abrir la posibilidad de una acción civil.

El presente Informe no busca de ninguna manera ser la última palabra sobre qué medidas regulatorias son más eficaces para garantizar el respeto de los derechos humanos. La práctica extensa de los Estados con respecto a la diligencia debida como método de reglamentación no garantiza la protección de los derechos humanos, ni su aplicación efectiva. Además, ninguna forma de reglamentación de la diligencia debida se adapta a todos los sectores de actividad o aborda todos los desafíos en materia de derechos humanos. El Informe no pretende prescribir qué opciones normativas son las mejores para combatir determinados riesgos sobre los derechos humanos. La gama de actividades económicas específicas, sistemas jurídicos nacionales y contextos de los derechos humanos es muy variada, como también lo son las estructuras, operaciones y relaciones empresariales. Por ello, este Informe no persigue detallar todas las combinaciones posibles. Se necesitará un esfuerzo adicional a escala nacional y sectorial para elaborar instrumentos normativos que respondan a los riesgos específicos sobre los derechos humanos de determinados tipos de actividad empresarial, de una manera apropiada que corresponda con cada tradición jurídica nacional.

I. Introducción

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (“Principios Rectores”),⁸ aprobados por unanimidad en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en junio de 2011, afirman que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y los Estados la obligación de garantizar este respeto. Los Principios Rectores hacen referencia a la diligencia debida como un medio operativo para que las empresas respeten los derechos humanos, pero no especifican cuáles son las opciones disponibles para que los Estados garanticen la aplicación de estos procesos de diligencia debida por parte de las empresas.

De conformidad con los Principios Rectores, la responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas analicen el impacto de sus actividades y relaciones comerciales.⁹ En principio, las empresas deberían respetar todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, en parte porque sus actividades pueden tener un impacto potencial sobre prácticamente todos los derechos.¹⁰ En la práctica, diferentes actividades empresariales pueden tener diferentes tipos de impacto sobre los derechos humanos. Así mismo, las características específicas del contexto de los derechos humanos afectan sin lugar a dudas a la manera en que diversas actividades empresariales repercuten en los derechos. Los Principios Rectores identifican la relación entre actividad empresarial y contexto de derechos humanos como el origen de lo que ellos definen como “riesgos para los derechos humanos,” entendidos como “las posibles consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.”¹¹

Los Principios Rectores identifican la diligencia debida en materia de derechos humanos como la principal herramienta que una empresa debe utilizar para hacer frente a tales riesgos. Esto incluye, en primer lugar, que la empresa identifique los riesgos relacionados con sus actividades y relaciones; en segundo lugar, que tome medidas para prevenir violaciones sobre los derechos de los demás; y finalmente, que informe adecuada y públicamente sobre ambos tipos de acciones. Los Principios Rectores definen específicamente la diligencia debida de la siguiente manera:

17. 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.

Los Principios Rectores mencionan claramente que “la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.”¹²

Para garantizar que las empresas respeten los derechos humanos, los Principios Rectores se apoyan en el deber de los Estados de reglamentar la conducta de los grupos privados o individuos, lo que incluye las empresas. El deber de proteger los derechos humanos es una obligación general de prevenir y, si falla la prevención, de remediar las violaciones de derechos humanos que resultan de la conducta de particulares. Es un deber que se extiende a todos los órganos del Estado. Los Estados están obligados a adoptar todas las medidas que razonablemente se podrían adoptar para prevenir la ocurrencia de una violación de derechos humanos. Este deber de proteger ha sido confirmado por un gran número de decisiones de los órganos de derechos humanos, ya sean judiciales o cuasi-judiciales, que operan con arreglo a instrumentos universales y regionales¹³. En virtud de la legislación internacional en materia de derechos humanos, la responsabilidad de una empresa de respetar los derechos humanos incluye actuar con la diligencia debida a fin de evitar la vulneración de tales derechos. La legislación internacional sobre derechos humanos exige que los Estados garanticen que las empresas cumplan con esta responsabilidad.

En términos generales, el deber de los Estados de proteger contra las violaciones de los derechos humanos implica que estos “deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.”¹⁴ Esto incluye una serie de medidas, desde ofrecer orientación efectiva a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos, hasta garantizar el cumplimiento de las leyes establecidas que exigen a las empresas respetar los derechos humanos. También se incluyen medidas que el Estado puede utilizar para influir en el comportamiento de diversos actores económicos, ya sean reguladores, compradores, inversores o propietarios.

Muchos Estados ya aplican medidas de este tipo para contribuir a garantizar el respeto de los derechos humanos; por ejemplo, a través de la aplicación estricta de las leyes laborales, medioambientales y determinadas leyes penales, o el acceso garantizado a la justicia para las víctimas de abusos contra los derechos. Este tipo de prácticas estatales a menudo alientan o requieren actividades de diligencia debida por las empresas como una forma de garantizar el respeto de las normas establecidas por la ley.

Al mismo tiempo, los Estados han estado trabajando a escala internacional para aclarar lo que significa exactamente la responsabilidad de las empresas de ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos. Por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, exhorta a los Estados para que alienten a sus empresas implicadas en el comercio de minerales en zonas de conflicto a que ejerzan la diligencia debida correspondiente.¹⁵ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Conferencia Intergubernamental sobre la Región de los Grandes Lagos han integrado la diligencia debida en sus marcos para las empresas multinacionales, así como en la gestión responsable de la cadena de suministro en situaciones de conflicto¹⁶. La Unión Europea ha comenzado a integrar la diligencia debida en materia de derechos humanos en su labor relativa a la responsabilidad social de las empresas,¹⁷ como también lo ha hecho la Corporación Financiera Internacional en la revisión de 2011 de sus Normas de Desempeño.

Hay, en efecto, un marco normativo emergente para la diligencia debida en materia de derechos humanos, elaborado a partir de las normas internacionales y las prácticas nacionales de los Estados. Este nuevo marco define la naturaleza y el alcance de la responsabilidad de las empresas en el ejercicio de la diligencia debida en materia de derechos humanos; así como los procesos generales que las empresas deben seguir para identificar, prevenir y remediar las consecuencias negativas de sus operaciones sobre los derechos humanos.

En el marco de este panorama de iniciativas nacionales e internacionales, los autores comenzaron su investigación sobre las reglamentaciones e incentivos que los Estados tienen a su disposición para garantizar que las empresas ejercen la diligencia debida en materia de derechos humanos. A través de la investigación independiente y las consultas globales, los Autores reunieron pruebas de medidas legales concretas que han demostrado su eficacia a la hora de generar actividades de diligencia debida en el seno de las empresas. En particular, la investigación trató de establecer si los Estados suelen utilizar la reglamentación como un medio para influir en el comportamiento de las empresas e incitarlas en el ejercicio de la diligencia debida. La investigación también examinó toda una variedad de jurisdicciones y sistemas legales y evaluó si los regímenes de diligencia debida impuestos por los Estados daban lugar a procesos empresariales coherentes con los aspectos de procedimiento del marco de diligencia debida establecido en los Principios Rectores.

Los Autores recibieron un apoyo inestimable en su labor gracias a la ayuda generosa de muchas de las personas que participaron en las consultas y que proporcionaron descripciones escritas

detalladas de los regímenes de diligencia debida que ya existen en sus países, o que están a punto de ser adoptados. El Proyecto ha recabado, hasta la fecha, casi un centenar de ejemplos de regímenes de diligencia debida de más de veinte Estados. Estos ejemplos ilustran la diversidad de enfoques relativos al uso de la autoridad de reglamentación en la promoción de la diligencia debida, tal y como se refleja en el presente Informe. El Proyecto se encuentra ahora en el proceso de preparación de una base de datos que contenga una breve descripción de los ejemplos, junto con referencias legales y URL. La base de datos debería estar disponible en la página web de ICAR poco después del comienzo del próximo año¹⁸. El Proyecto está considerando mantener la base de datos como un programa permanente, al que otros podrían contribuir con ejemplos adicionales.

El presente Informe es una síntesis de las prácticas de los Estados con el objetivo de detallar las posibilidades de reglamentación que los Estados han utilizado ya y pueden aprovechar aún más para garantizar que las empresas se comporten con la diligencia debida en materia de derechos humanos. En el Capítulo II, el Informe establece una serie de opciones normativas que los gobiernos utilizan para garantizar que las empresas lleven a cabo la diligencia debida en áreas análogas o directamente relacionadas con los derechos humanos. Los principios de organización mencionados en el Capítulo II, opciones argumentadas con ejemplos, reflejan una de las principales conclusiones del informe, a saber, que la mayoría, si no todas las jurisdicciones, utilizan ya enfoques reglamentarios comunes para exigir o alentar a las empresas a que desarrollen la diligencia debida. El Capítulo III examina el alcance de la responsabilidad de la diligencia debida, analizando cómo ésta se extiende a todos los socios de la empresa, tanto en el Estado de residencia como en el extranjero, y analiza hasta qué punto la diligencia debida es una responsabilidad de todo el grupo empresarial, y no sólo de cada entidad legal individual dentro de dicho grupo. En el Capítulo IV del Informe se expone el contenido procesal de las obligaciones de diligencia debida más comúnmente impuestas por los Estados individualmente a escala nacional y colectivamente en el marco de los organismos internacionales.

II. Posibilidades de Reglamentación para los Estados

El presente Informe describe las medidas que los Estados pueden adoptar para garantizar que las empresas participen en los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos. La investigación que sirvió de base a la elaboración de este Informe examinó los regímenes actuales de diligencia debida de todo el mundo en áreas análogas o directamente relacionadas con los derechos humanos, como la legislación laboral, la protección del medio ambiente, protección del consumidor y la prevención y detección de delitos financieros como el blanqueo de dinero y el soborno (corrupción). La investigación también reveló que están emergiendo nuevas prácticas estatales en el ámbito específico de la diligencia debida en materia de derechos humanos.

Una conclusión clave de este Informe es que existen pruebas contundentes de que los Estados ya utilizan la diligencia debida en su reglamentación como un medio para garantizar que las empresas cumplen con normas específicas de comportamiento. El objetivo que persigue esta reglamentación es principalmente evitar las consecuencias negativas y los daños, y proteger a las personas, al menos mediante la aclaración de las normas de cumplimiento aplicables a las empresas. Estados de todo el mundo ya incluyen la diligencia debida en este sentido en sus jurisdicciones.

En los sistemas jurídicos nacionales, y en virtud de la legislación internacional en materia de derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de llevar a cabo la diligencia debida no termina en el límite legal de la empresa individual. La razón que subyace a esta extensión del alcance de las disposiciones de diligencia debida se basa en el reconocimiento de que las actividades empresariales en nuestros días se sustentan en relaciones empresariales integradas que van más allá de las fronteras nacionales y de la propia organización. El respeto de las normas legales, tales como la protección del medio ambiente, los derechos laborales y lucha contra la corrupción, puede verse socavado por cuestiones legales ligadas a la jurisdicción nacional o por el uso creativo de las relaciones comerciales por parte de las empresas registradas en varias jurisdicciones. Como ya apuntan muchas de las opciones, los regímenes nacionales e internacionales de diligencia debida ofrecen una respuesta clara a la realidad de las estructuras empresariales mediante la creación de responsabilidades que pesen sobre estas empresas y les obliguen a llevar a cabo procesos de diligencia debida en función de sus actividades y relaciones, independientemente de si traspasan las fronteras nacionales y organizativas.

En este capítulo se analizará toda una serie de opciones normativas que los Estados tienen a su alcance para garantizar que las empresas actúan con la diligencia debida en una serie de áreas temáticas. En la práctica, los Estados pueden confiar en una variedad de mecanismos para hacer que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos. Las pruebas y los ejemplos que se presentan aquí son meramente representativos, hay muchos más ejemplos de leyes nacionales que directa o indirectamente promueven o imponen la diligencia debida en el seno de las empresas. Los Estados, en consulta con las partes interesadas pertinentes, tendrán que decidir qué opciones de reglamentación, o combinación de opciones, son las más adecuadas para

hacer frente a los diferentes tipos de daños en diferentes sectores y jurisdicciones. Por supuesto, las normas deben aplicarse adecuadamente con el fin de alcanzar las metas establecidas, tales como influir o cambiar el comportamiento de las empresas. Cada una de las opciones reglamentarias descritas a continuación ha demostrado su eficacia, cuando se ha aplicado correctamente, a la hora de influir en las actividades de diligencia debida de las empresas.

1. Responsabilidad Penal para las Empresas que no Actúen con la Diligencia Debida

Los Estados pueden declarar a las empresas responsables penales en caso de que no actúen correctamente con la diligencia debida para prevenir ciertos delitos. Esto incluye las áreas de derecho penal directamente relacionadas con la protección de los derechos humanos, como los crímenes violentos y los delitos medioambientales que pueden poner en peligro el derecho a la vida o el derecho a la salud. En otras situaciones, los Estados pueden imponer sanciones penales por los daños que más a menudo se relacionan con las actividades empresariales, tales como la prevención del soborno de los funcionarios públicos en el extranjero. En los sistemas jurídicos que permiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las empresas podrán ser declaradas responsables de los actos de sus empleados y de sus agentes (aquellos que actúan en nombre de la empresa), y ser llevadas a juicio, además de tener que abonar multas y otras sanciones a menos que puedan demostrar que aplicaron medidas de diligencia debida para prevenir los actos delictivos de los empleados o agentes objeto de la acusación.

Como parte de un régimen legal penal, los Estados pueden imponer una sanción penal a una determinada empresa. Algunas jurisdicciones aplican el principio de *respondeat superior*¹⁹: el grupo empresarial, como empleador, será responsable de la conducta criminal de sus directivos, empleados y otros agentes que cometan delitos bajo la dirección, o para el beneficio, de la empresa. Esto se combina a menudo con algún tipo de defensa o mitigación para la empresa en relación con su propia diligencia debida. Una empresa puede, en algunos casos, evitar ser acusada de delitos cometidos por sus agentes si demuestra que dispone de programas eficaces de diligencia debida, a veces llamados “programas de cumplimiento o conformidad”²⁰. En el mismo sentido, una empresa podría conseguir que se atenuase una pena o sanción impuesta, si demuestra sus esfuerzos de cumplimiento o conformidad con la legislación en vigor.

Con respecto al riesgo de responsabilidad penal, el funcionamiento de estos programas se centra en establecer que los agentes no actuaron en conformidad con una decisión de la empresa ni dentro de una “cultura de indiferencia” prevalente en la empresa.²¹ En la mayoría de las jurisdicciones, existen límites legales en cuanto a las acciones de los empleados que pueden atribuirse a la empresa. Por ejemplo, los dirigentes de una empresa deben haber desempeñado un papel en la comisión del delito, según el vocabulario del derecho consuetudinario²²; de lo contrario, la empresa no ha sido capaz de ejercer la diligencia debida en relación con las actividades de sus empleados.

Este enfoque, de responsabilidad pero también de posible defensa (o potencial de mitigación) vinculado a la diligencia debida, tiene varias funciones prácticas: (1) aclarar la responsabilidad ante la ley: esto sirve a los tribunales y los organismos reguladores en sus tareas de evaluación del cumplimiento de las leyes; y a las empresas que se comportan con la diligencia debida para evitar ser acusadas de incumplimiento; (2) exhortar a las empresas a que lleven a cabo la diligencia debida para evitar infringir la ley o ser cómplices de las violaciones de los demás; (3) la combinación de la responsabilidad penal y la diligencia debida supone la posibilidad de declarar a una empresa culpable en caso de que no lleve a cabo la diligencia debida.

Este enfoque es el régimen recomendado por diversos países en Europa donde la posibilidad de atribuir la responsabilidad penal a una empresa está adquiriendo cada vez mayor aceptación entre las jurisdicciones europeas. El Convenio del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1998, sobre la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (E.T.S., n° 172) establece que: “Cada Parte adoptará las medidas apropiadas que resulten necesarias para que pueda imponer sanciones penales o administrativas, u otro tipo de medidas sobre las personas jurídicas en cuyo nombre se cometa un delito mencionado en [las disposiciones del Convenio que definen ciertos delitos ambientales] haya sido cometido por sus órganos o por los miembros de estos órganos o por otros representantes “(artículo 9, párrafo 1). Este instrumento establece dos condiciones para que se pueda atribuir la responsabilidad a la empresa por los actos de personas físicas que pudieran constituir un delito penal, cometidos de forma deliberada o por negligencia (como se especifica en los artículos 2 y 3 del Convenio) En primer lugar, el delito debe haber sido cometido por la persona física y “en nombre de” la persona jurídica. La segunda condición requiere la implicación de “un órgano, un miembro del citado órgano u otros representantes” en el delito, lo que significa, por lo tanto, que “las personas físicas mencionadas están legalmente o de hecho en una posición tal que puedan comprometer la responsabilidad de la persona jurídica.”²³

El Informe explicativo del Convenio especifica que “las violaciones de los deberes de supervisión son, a este respecto, suficientes.” En otras palabras, la responsabilidad de la empresa puede resultar de la mera circunstancia de que, aunque el delito haya sido cometido directamente por un empleado sin la intervención de las “mentes dirigentes” de la empresa y, por lo tanto, por iniciativa exclusiva de ese empleado, los supervisores responsables no ejercieron adecuadamente sus labores de supervisión de las actividades de ese empleado. El hecho mismo de no haber cumplido con sus ‘deberes de supervisión’ resulta suficiente para atribuir la responsabilidad a la empresa. Esto constituye un poderoso incentivo para establecer procedimientos de diligencia debida y una cultura empresarial que impida que tales actos se cometan. Al mismo tiempo, la aplicación adecuada de la diligencia debida puede permitir a una empresa evitar la responsabilidad, incluso en situaciones en las que un empleado haya cometido un delito dentro del ámbito de las actividades de la empresa.

Por ejemplo, según la Ley italiana 231/2001²⁴, una empresa puede ser considerada penalmente responsable de los actos de sus administradores, directivos o empleados que gestionan la empresa

o trabajan bajo la dirección de uno de los anteriores, si el acto se cometió en nombre de la empresa, a menos que ésta haya adoptado y aplicado eficazmente un programa de cumplimiento adecuado anterior a la comisión del delito. Para que la empresa pueda quedar exenta de responsabilidad, deberá demostrar: (a) que los individuos en cuestión cometieron el delito en su propio nombre y no en nombre de la empresa y, (b) que la empresa ha adoptado medidas internas de cumplimiento adecuadas, efectivas y específicas.

Una empresa debe demostrar que ha establecido y aplicado sistemas eficaces de control interno con el objetivo de prevenir cualquier tipo de infracción, mediante la aprobación y aplicación de un Programa de Cumplimiento de conformidad con la Ley 231 y la creación de un órgano de control, que debe contar con iniciativa propia y poderes de inspección. La Ley 231 no estipula directrices oficiales sobre lo que se considera un “programa de cumplimiento” efectivo, aunque sí prevé que las asociaciones industriales pueden emitir tales directrices. *Confindustria*, una importante confederación industrial italiana ya ha publicado una serie de directrices precisamente en este sentido.²⁵

Diversas jurisdicciones de derecho consuetudinario también atribuyen la responsabilidad penal a las empresas por no haber actuado con la diligencia debida. Según el Código Penal australiano, los actos de un individuo que ocupe una “alta función directiva” son generalmente atribuibles a la empresa. Dos artículos del Código Penal de Australia resultan de especial interés en relación con la diligencia debida. El primer artículo, 12.3, establece que la responsabilidad no se puede atribuir a la empresa, si esta demuestra que actuó con la diligencia debida para impedir el acto o su autorización. El segundo artículo, 12.5, establece que, en los casos en que la ley prevea ‘la responsabilidad sin culpable’, es decir, la responsabilidad objetiva o absoluta, la empresa podrá defenderse demostrando que, además de haber llevado a cabo la diligencia debida, “el empleado, agente o directivo de la empresa que se haya comportado de una cierta manera tenía una creencia errónea pero razonable sobre los hechos que, de haber sido cierta, habría supuesto que el comportamiento adoptado no hubiera sido considerado como una infracción”. El término “diligencia debida” no está definido en la ley, pero el artículo 12.5 estipula que “la gestión inadecuada de las empresas” o “la falta de sistemas adecuados para transmitir informaciones relevantes” son pruebas flagrantes de la inexistencia de procesos apropiados de diligencia debida.

De conformidad con la Ley Canadiense de Protección Medioambiental de 1999 (CEPA), una empresa tiene la obligación de observar una gran variedad de requisitos relativos al control de la contaminación y otras medidas de protección del medio ambiente, sujetos, todos ellos, a sanciones penales, civiles y administrativas²⁶. La Ley prevé una defensa completa basada en la diligencia debida, o más precisamente en el ejercicio máximo “de la diligencia debida para prevenir [la] comisión” del delito²⁷. Ni la Ley ni ningún reglamento de aplicación adyacente publicado hasta la fecha, especifican lo que constituye la diligencia debida adecuada en la que podría basarse la defensa de la empresa. La Agencia *Environment Canada* publicó en 1999 un documento de orientación, *the Compliance and Enforcement Policy for CEPA*²⁸ (Las Políticas de Ejecución y

Cumplimiento de la ley CEPA). Este documento analiza el reglamento de aplicación de la ley y las actividades previstas, y describe la obligación legal de la Agencia de publicar “códigos de prácticas y directrices” detallados aunque no vinculantes. Estos documentos deben “elaborarse en consulta con las partes interesadas, incluidas provincias, territorios, gobiernos y comunidades aborígenes, industria y grupos medioambientales. Entre los expertos implicados en el desarrollo de estos documentos de orientación se encuentran ingenieros, biólogos, químicos, geólogos y expertos en ciencias del medio ambiente.”²⁹

La “Política de Auditorías” de la Agencia de Protección del Medio Ambiente de EE.UU. (USEPA, por sus siglas en inglés), titulada “*Incentives for Self-Policing: Discovery, Disclosure, Correction and Prevention of Violations*”³⁰ (Incentivos para el autocontrol: Identificación, Notificación, Corrección y Prevención de Infracciones) ilustra cómo las actividades de diligencia debida pueden nacer de una solicitud de clemencia presentada por una empresa que ha adoptado y aplicado un programa de conformidad eficaz encaminado a garantizar el cumplimiento de las leyes medioambientales. La Agencia tiene autoridad de reglamentación sobre la contaminación del aire y del agua, la eliminación de residuos peligrosos, el agua potable, los vertidos en los océanos, la aplicación de pesticidas, el control de sustancias peligrosas (por ejemplo, amianto), la limpieza de vertederos de residuos contaminados, y otros aspectos de la protección del medio ambiente. En virtud de estos programas, las entidades empresariales deben obtener permisos para la generación de diversas formas de contaminación, lo que les obliga a vigilar e informar sobre los efluentes, emisiones, prácticas de eliminación de residuos y similares. Para las nuevas fuentes de contaminación, las empresas están obligadas a obtener permisos especiales que imponen “Nuevas normas de desempeño en la fuente” en su construcción y operación.

Casi todas las empresas industriales en los Estados Unidos deben tratar de alguna manera con estos programas. Entre los requisitos de cada programa se incluyen sanciones severas, tanto civiles como penales, por infracción de las leyes y reglamentos (por ejemplo, multas de entre 25.000 y 50.000 dólares por día de infracción, además de la posibilidad de encarcelamiento de las personas responsables de delitos graves).

La Agencia trabaja en estrecha colaboración con el Departamento de Justicia de EE.UU., los Fiscales Federales, y los Fiscales Generales de todos los Estados para hacer cumplir los requisitos a escala federal. Sin embargo, la Agencia, incluso con los recursos de ejecución considerables de que dispone, reconoce que también debe contar con la activa participación de las empresas en la elaboración de los reglamentos de aplicación de las innumerables leyes ambientales. En cumplimiento de este objetivo, la Agencia ha publicado una política formal de auditoría por la que la Agencia no recomendará el enjuiciamiento penal de una entidad regulada, ni pedirá la imposición de sanciones basadas en la gravedad de las infracciones que se descubran, notifiquen y corrijan³¹, si la infracción se descubre y se notifica en el marco de un “sistema de gestión del cumplimiento”, que refleje la diligencia debida de la entidad en la “prevención, detección y corrección de las infracciones.”³²

Estos ejemplos sugieren que, en función de los distintos marcos legales, las actividades de diligencia debida de una empresa pueden tenerse en cuenta en los procedimientos penales en las fases de acusación, juicio y sentencia.

La Diligencia Debida y la Fase de la Acusación

Si una persona (un “agente”) comete un delito en el desempeño de sus funciones o bajo el control de la empresa, a pesar de que ésta cuente con un programa bien documentado en diligencia debida, el fiscal general tiene la opción (como parte de sus “facultades discrecionales”) de acusar a la empresa, al empleado o a ambos. Un buen programa de diligencia debida puede que convenza al fiscal de que la empresa no es responsable del delito, a pesar de que uno de sus agentes fuese el autor principal. En el ejercicio de su discreción, el fiscal tratará de encontrar pruebas que demuestren que el programa de diligencia debida establecido por una empresa es pura ‘teoría’. Si este parece ser el caso, el fiscal puede optar por imputar los cargos a la empresa argumentando que el delito fue cometido por un empleado inmerso en una “cultura empresarial de la criminalidad”³³ o que existen señales de que la dirección de la empresa, de hecho, tolera o hace la vista gorda respecto a comportamientos delictivos.

Si el fiscal decide no presentar cargos formales, una empresa puede, como condición para evitar el enjuiciamiento, firmar un acuerdo de no enjuiciamiento o no ejecución en el que se compromete a realizar actividades adicionales de diligencia debida destinadas a prevenir la reincidencia de los comportamientos delictivos. Por ejemplo, la Ley de Protección Medioambiental de Canadá de 1999 establece “medidas alternativas” de carácter informal en los casos de incumplimiento resueltos informalmente³⁴. En los casos de corrupción, algunas autoridades de reglamentación pueden nombrar supervisores internos de cumplimiento para realizar largos períodos de vigilancia de la diligencia debida de una empresa en sus esfuerzos por luchar contra el soborno, para garantizar la aplicación y los procedimientos adecuados.³⁵

Este enfoque alienta a las empresas tanto a establecer regímenes de diligencia debida como a documentar adecuadamente todas sus políticas y esfuerzos de aplicación de estas políticas³⁶. Cabe señalar que puede que el programa de diligencia debida de la empresa le permita evitar el procesamiento, pero eso no quita que todavía pueda acusarse al ‘agente’. De hecho, se espera de una empresa que coopere con la fiscalía en el proceso de condenación de un agente.

La Diligencia Debida y la Fase de Instrucción

Si el delito es un delito intencional, el fiscal tendrá que probar que la empresa obligó al ‘agente’ a cometerlo. En tales casos, la diligencia debida es una fuente importante de pruebas. Si el delito no fue causado por un error o un comportamiento ilegal del agente, responsabilidad no culpable, responsabilidad objetiva o responsabilidad absoluta, una empresa podrá ser declarada responsable automáticamente de los actos de un agente, con independencia de sus propias intenciones.

Si el delito es un delito sin culpa (responsabilidad no culpable), pero permite la defensa basada en el ejercicio de la diligencia debida, el programa de diligencia debida de una empresa puede entonces proporcionar una defensa completa: si la empresa demuestra que ha aplicado la diligencia debida adecuada y efectiva en el momento de la comisión de la infracción, la empresa puede quedar exenta de responsabilidad. Las leyes que prevén una defensa basada en la diligencia debida a menudo utilizan un lenguaje vago, como “todos los esfuerzos razonables”, o simplemente “la diligencia debida” en la prescripción de la norma que debe cumplirse. Sin embargo, el programa de diligencia debida de una empresa sólo le permitirá evitar ser condenada por los actos de un agente si el tribunal está convencido de que el programa de diligencia debida de la empresa cumple los criterios legales.

Por ejemplo, cuando las empresas corren el riesgo de ser declaradas culpables por actos de soborno cometidos por sus empleados y agentes, esto se convierte en un fuerte incentivo para que creen y pongan en práctica programas de diligencia debida para detectar y prevenir el soborno en sus operaciones comerciales. Con arreglo a la Ley británica contra el Soborno de 2010³⁷, pagar un soborno es un delito de responsabilidad objetiva. Se considera delito penal que una persona “asociada”³⁸ a una empresa soborne a un funcionario extranjero para la adjudicación de un contrato o de una ventaja comercial. Si una ‘persona asociada’ comete tal acto, la propia empresa puede ser objeto de una fuerte multa. La ley prevé sin embargo, la posibilidad de que la empresa presente una defensa basada en la diligencia debida según la cual no podrá ser condenada si se puede “probar que tenía en marcha los procedimientos adecuados diseñados para evitar que personas relacionadas con [la empresa] adoptasen dicha conducta.”³⁹

Según la Ley contra el Soborno del Reino Unido, corresponde a los tribunales decidir si una empresa ha ejercido la diligencia debida una vez que el delito ha sido cometido. El Ministerio de Justicia del Reino Unido ha elaborado un documento de orientación sobre lo que se consideran ‘los procedimientos adecuados’. Según esta guía: “la organización comercial aplicará procedimientos de diligencia debida, adoptando un enfoque proporcionado y basado en el riesgo, en relación con las personas que prestan o prestarán servicios para o en nombre de la organización, y con el fin de mitigar los riesgos identificados de soborno”⁴⁰. La Ley estadounidense de Prácticas Corruptas en el Extranjero también permite a las empresas demostrar la idoneidad de sus programas de cumplimiento como un ‘factor atenuante’. Esta norma permite que un fiscal tenga en consideración la diligencia debida de la empresa a la hora de evaluar si la empresa debe ser procesada o qué tipos de sanciones se aplicarían en caso de condena.

La Diligencia Debida y la Fase de Imposición de la Sentencia

Los jueces pueden ser autorizados a tener en cuenta si una empresa, condenada ya por un delito, disponía de un programa de diligencia debida en el momento de dictar sentencia. Esta autoridad puede ser informal, según la costumbre judicial⁴¹, o quedar plasmada en un documento formal⁴². En cualquier caso, los esfuerzos de diligencia debida por parte de una empresa serán analizados con el mismo detalle que durante la fase de la acusación. Un tribunal podrá imponer requisitos de

diligencia debida al sentenciar a una empresa a libertad condicional⁴³. En India, por ejemplo, los tribunales penales pueden tener en cuenta las actividades de diligencia debida como prueba de *mens rea* de un acusado, intención o elemento mental de un delito, lo que podría llevar a la mitigación de la pena.⁴⁴

2. Responsabilidad Civil para las Empresas que no Actúen con la Diligencia Debida

Los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados establecen la responsabilidad civil de una empresa por los daños o perjuicios causados a una víctima, incluyendo por no haber actuado con la diligencia debida para prevenir tales daños. Esto también puede darse cuando el daño o perjuicio concreto resultante de la conducta es un impacto negativo sobre los derechos humanos de una persona o grupo de personas. En esta sección se explora cómo la diligencia debida se aplica en algunos regímenes de responsabilidad civil. Se muestra cómo se puede lograr una expansión para cubrir todos los agravios resultantes de violaciones de los derechos humanos, de forma que se obligue a las empresas a establecer programas con los que garanticen que procuran proactivamente prevenir tales daños.

Según las leyes de muchos Estados, los directores de las empresas tienen una obligación fiduciaria o “deber de diligencia” en relación a sus empresas, es decir, que deben actuar en interés de la entidad. De las jurisdicciones analizadas, Australia, India, Reino Unido y Estados Unidos reconocen un deber legal de diligencia a los directores de las empresas, lo que permitiría a los accionistas demandar a los directores por no haber ejercido adecuadamente su criterio en el manejo de los negocios de la empresa. Dos de los ejemplos (Reino Unido y Estados Unidos) indican que el deber de diligencia implica la responsabilidad de velar por que la empresa establezca un programa adecuado de cumplimiento de la legislación.⁴⁵

Además, la mayoría de las legislaciones establecen que, cuando un empleador ha delegado ciertas funciones en un empleado, el empleador sigue siendo civilmente responsable de los daños causados por negligencia de ese empleado, a menos que el empleador haya actuado con la diligencia debida a fin de prevenir que se cometa la infracción. El artículo 831(1) del Código Civil alemán, similar al enfoque de otros países de derecho civil, incluye una disposición específica sobre la “Responsabilidad de los agentes intermediarios.” Este artículo estipula que:

Una persona que utiliza a otra persona para realizar una tarea es responsable de indemnizar el daño ilegalmente causado por esta persona a un tercero en la realización de la tarea. La responsabilidad por daños y perjuicios no se aplica si el director ejerce la diligencia razonable en la selección de la persona asignada y, en la medida en que la función de dicha persona sea adquirir aparatos o equipos o gestionar la actividad empresarial, en la adquisición de dichos bien o gestión de dichas actividades, o si el daño se hubiera producido aunque este tipo de diligencia se hubiese ejercido.⁴⁶

Cuando el daño surja de la negligencia de una persona, esta persona tiene la obligación de compensarlo⁴⁷. La negligencia se define normalmente como un comportamiento no razonable y que provoca un daño. En la mayoría de los sistemas jurídicos, esto puede incluir el hecho de ‘no actuar con la diligencia debida’, es decir, no haber tomado todas las medidas cautelares que razonablemente podrían haber sido tomadas con el fin de reducir el riesgo. Tanto los países de derecho civil como los países de derecho consuetudinario prevén la responsabilidad civil en caso de que se demuestre que una empresa fue negligente. Los Estados también han promulgado leyes específicas que permiten la interposición de causas civiles cuando las empresas han actuado con negligencia en un contexto determinado o no han logrado evitar un tipo particular de daño. Una vez más, la prevención de la corrupción es una analogía útil.

El artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción exige que cada Estado Parte adopte las medidas que sean necesarias para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener una indemnización. Este concepto aparece de forma mucho más específica en el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa que entró en vigor en 2003. El Convenio Civil describe los mecanismos por los que las personas físicas o jurídicas que hayan sufrido daños resultantes de un acto de corrupción pueden defender sus derechos e intereses, incluyendo la posibilidad de obtener una compensación. Concretamente, el artículo 3 del Convenio estipula que “cada Estado Parte dispondrá en su derecho interno que las personas que hayan sufrido daños resultantes de un acto de corrupción tengan el derecho a iniciar acciones a fin de obtener la indemnización íntegra de dicho daño.”⁴⁸

El Convenio Civil sobre la Corrupción hace responsables a aquellos que participaron directamente en el acto de soborno, así como a aquellos que facilitaron la comisión del delito por no haber hecho lo posible por evitarlo. El artículo 4 estipula además que el demandado podrá ser declarado responsable si “ha cometido o autorizado el acto de corrupción, o no ha tomado las medidas adecuadas para impedir el acto de corrupción.”⁴⁹ Este artículo especifica claramente que puede encontrarse negligencia en aquellos casos en los que no se hayan tomado las medidas adecuadas para prevenir la corrupción (esto es, en aquellos casos en los que no se haya ejercido la diligencia debida) y que esto puede ser razón suficiente para establecer la culpabilidad junto con aquellos que hayan cometido directamente actos de corrupción.

Además de negligencia, la mayoría de los sistemas jurídicos reconoce la responsabilidad objetiva (responsabilidad sin falta) cuando una actividad es inherentemente peligrosa. La persona que practique una actividad de estas características tendrá que asumir los riesgos involucrados, y puede que tenga que compensar por los daños causados debidos a la actividad en cuestión, aunque no pueda identificarse como ‘falta’ por su parte. Así lo estipula, por ejemplo, el Código Civil brasileño, según el cual “además de los casos cubiertos por la ley, existe una obligación de pagar daños y perjuicios, independientemente de la culpa, si la naturaleza de las actividades

habitualmente ejercidas por la persona responsable de los daños y perjuicios pone en peligro los derechos protegidos por la ley.”⁵⁰

En la Unión Europea, un claro ejemplo de este tipo de responsabilidad es la Directiva de 1985 sobre la Responsabilidad de los Productos Defectuosos.⁵¹ El artículo 1 de la Directiva estipula que “el productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos.”⁵² Entre los productores, se incluye a los fabricantes, proveedores de componentes, importadores o cualquiera que utilice un nombre comercial o marca registrada. “Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho” considerando todas las circunstancias (incluyendo la presentación del producto; el uso que razonablemente pueda esperarse del producto; o el momento en que el producto se puso en circulación). La Directiva permite a los consumidores demandar a los fabricantes de los productos defectuosos y obliga al consumidor a demostrar el defecto, la causalidad y los daños. Sin embargo, no se especifican las normas para la carga de la prueba, sino que quedan a disposición de los Estados miembros. La Directiva sobre la Responsabilidad de los Productos propone varias defensas posibles. El artículo 7 estipula que el productor no será responsable si, “el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto.”⁵³

La Directiva sobre la Responsabilidad de los Productos y las correspondientes transposiciones en los Estados miembros de la UE, ofrecen un buen ejemplo de textos legislativos que plantean a los consumidores la posibilidad de emprender acciones legales para demostrar la responsabilidad de los fabricantes de los productos que introducen en el mercado⁵⁴. La imposición de la responsabilidad civil crea un incentivo para que los fabricantes y productores dediquen el debido cuidado y las precauciones adecuadas en el diseño de sus productos. Estos riesgos de responsabilidad civil crean un incentivo adicional para la elaboración de medidas preventivas, como la diligencia debida. Las acciones legales civiles pueden utilizarse para garantizar que las empresas actúen con la diligencia debida, lo que refuerza el incentivo a favor de la diligencia debida ya creado por las formas de responsabilidad penal descritas anteriormente. Aunque el uso de la diligencia debida no es una defensa absoluta, el hecho de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permita descubrir la existencia del defecto demuestra que las empresas disponen de un incentivo regulatorio para garantizar que su propia producción siga el ritmo de la evolución de la ciencia, la tecnología y la seguridad de los productos.

3. Sanciones Administrativas para las Empresas que no Actúen con la Diligencia Debida

Ambas responsabilidades penales y civiles dependen de mecanismos judiciales que ofrecen reparación a las víctimas o imponen sanciones por conducta indebida. La reglamentación administrativa presenta una tercera opción. En determinadas áreas o sectores reglamentados (por ejemplo, la supervisión bancaria, la protección del medio ambiente o las condiciones laborales y de empleo), los Estados pueden exigir a las empresas que participen en procesos de diligencia debida como parte de un requisito reglamentario. Así, los Estados pueden obligar a las empresas a

que den a conocer los mecanismos de diligencia debida con los que cuentan para detectar los daños y riesgos y, potencialmente, para notificar los daños detectados como resultado de las actividades de diligencia debida.

Los sistemas jurídicos de muchos Estados disponen ya de sanciones administrativas para aquellas empresas que infrinjan una disposición reglamentaria. En este capítulo, examinaremos tales disposiciones en materia de salud y seguridad ocupacional, medio ambiente, y blanqueo de dinero. Estas disposiciones se basan en regímenes regulatorios análogos o pertinentes para los derechos humanos, y por lo tanto los Autores no ven ninguna dificultad en que estas disposiciones se amplíen para abarcar los derechos humanos, o en que se utilicen técnicas similares para garantizar el respeto de los derechos humanos.

En algunas circunstancias, los Estados pueden otorgar a un órgano regulador la responsabilidad principal de supervisar el cumplimiento por parte de las empresas de tales disposiciones. Este mismo órgano también puede tener autoridad de supervisión y ejecución en caso de incumplimiento de las normas pertinentes y obligaciones de información relativas a las actividades de diligencia debida. Los órganos principales de reglamentación pueden tener competencia para imponer multas u otras sanciones en caso de que una empresa no cumpla con la diligencia debida o con los requisitos ligados a la presentación de la información.

A veces, los mecanismos de reglamentación utilizan sanciones penales y civiles para respaldar la aplicación de normas administrativas. Por ejemplo, las inspecciones de trabajo, las autoridades de reglamentación financiera o las agencias de protección del consumidor pueden llevar a cabo su propia supervisión de las condiciones de trabajo, transacciones financieras y seguridad de los productos, pero las normas administrativas que regulan estos sectores también permiten emprender acciones penales o civiles. De conformidad con la ley holandesa de inmigración, un caso de reincidencia puede dar lugar a un proceso penal. Un empleado puede presentar una demanda contra su empleador directo o, si tal demanda fracasa, contra el empleador de mayor rango en la jerarquía.⁵⁵

Diligencia Debida y Salud y Seguridad Ocupacionales

Diversos Estados de todo el mundo a menudo han puesto en marcha marcos administrativos que exigen que las empresas participen en actividades de diligencia debida en áreas como la salud y la seguridad, los derechos laborales, la protección del medio ambiente, y la prevención del blanqueo de capitales y flujos financieros ilícitos. Por ejemplo, en Canadá, la legislación en materia de salud y seguridad ocupacionales se sirve de la diligencia debida que deben ejercer las empresas para garantizar la seguridad en el lugar de trabajo.⁵⁶

China también obliga a las empresas a ejercer la diligencia debida en relación con las inversiones y la contratación de mano de obra en el extranjero⁵⁷. En respuesta a esta tendencia de contratación en el extranjero, el Ministerio de Comercio de China (MOFCOM) publicó unas directrices sobre

la gestión de los problemas de seguridad derivados de la inversión en el extranjero. Estas directrices exigen que las empresas que invierten en el extranjero lleven a cabo actividades de evaluación de riesgos. Además de la diligencia debida en materia de medio ambiente y los planes de contingencia dedicados a la fase “posterior a la llegada de los trabajadores,” las directrices imponen requisitos de cumplimiento relacionados con los derechos humanos para garantizar la protección de los derechos de los trabajadores. Sin embargo, ninguno de estos requisitos extiende la diligencia debida a toda la cadena de suministro, y tampoco se especifican las sanciones legales en caso de incumplimiento.⁵⁸

En los Países Bajos, la reglamentación de los trabajadores inmigrantes⁵⁹ obliga a las empresas a verificar los documentos de identidad de sus empleados y comprobar, en el caso de trabajadores nacionales extracomunitarios, si el trabajador está en posesión de un permiso de trabajo válido⁶⁰. Se considerará “empleador”: toda persona física o entidad jurídica, incluidas las agencias de trabajo temporal y subcontratas, para la cual o bajo cuya dirección o supervisión se ejerza el empleo”. Un empleador puede estar sujeto a una multa administrativa de 8000 euros por extranjero y una persona física puede ser multada con 4000 euros por extranjero⁶¹.

Diligencia Debida y Protección Medioambiental

Algunos de los ejemplos más extendidos de marcos administrativos que requieren el ejercicio de la diligencia debida se encuentran en el ámbito de la protección del medio ambiente. Una fuente estima que más de 130 países han adoptado un régimen de evaluación medioambiental de un tipo u otro⁶². Francia ha promulgado una nueva ley medioambiental (Ley N° 2008-757) por la que se transpone una directiva de la UE⁶³ de hacer pesar la responsabilidad administrativa sobre las empresas para alentarlas a ejercer la diligencia debida (incluyendo medidas preventivas, de seguimiento y de mitigación). De una manera similar a los posibles argumentos de defensa antes descritos, esta nueva ley permite a la empresa protegerse de dicha responsabilidad si demuestra que no ha sido negligente. El Artículo 162-3 requiere lo siguiente por parte del “operador” de un establecimiento:

En los casos de amenaza inminente de perjuicio, el operador deberá, sin demora y a sus expensas, tomar medidas preventivas para evitar que se produzca o mitigar sus efectos. Si la amenaza persiste, informará sin demora a la autoridad mencionada en el segundo apartado del artículo L. 165-2 sobre su naturaleza, además de las medidas de prevención que ha adoptado y sus resultados.

En Alemania, la solicitud del permiso de construcción y gestión de un establecimiento debe incluir una evaluación detallada de los riesgos de contaminación y la identificación de medidas de control. Para poder operar diversos equipos de control de contaminación se deberán respetar varios requisitos de seguimiento detallado y notificación, esto es, la diligencia debida, en la gestión del establecimiento a fin de evitar las emisiones de contaminantes no permitidas. Únicamente aquellos que cumplan con los requisitos reglamentarios tendrán derecho a construir y gestionar una planta.

Del mismo modo, el descuido intencional o negligente de los parámetros de funcionamiento podrá suponer la pérdida del permiso o la imposición de una sanción administrativa o penal.

En Estados Unidos, la Ley Federal Integral de Respuesta, Compensación y Responsabilidad Civil Ambiental (CERCLA)⁶⁴ de 1980, estableció un programa federal para la limpieza de emplazamientos contaminados con residuos peligrosos. La ley fue aprobada en respuesta a la extendida creencia popular de que las prácticas de eliminación de desechos industriales a lo largo de toda la historia de la nación habían creado un legado de suelos y aguas contaminadas⁶⁵. Esto condujo a la creación de un proceso de diligencia debida por el que las empresas pueden hacer frente al fuerte esquema de responsabilidad civil impuesto por la Ley. La ley CERCLA impone la responsabilidad conjunta y solidaria de los costes de limpieza a todas las Partes Potencialmente Responsables (PPR), lo que significa que cualquier PPR puede ser considerada responsable del coste total de la limpieza de un emplazamiento, incluyendo los costes administrativos incurridos por la Agencia⁶⁶. Además, hay fuertes sanciones en caso de no cumplir la orden administrativa de limpieza emitida por la Agencia. Por lo tanto, el temor a una acción de ejecución de la legislación o a una acción de reclamación de los costes por el importe total de la recuperación de un emplazamiento, hace que las PPR colaboren con frecuencia en el seno de “comités directivos” que tratan de identificar con otras PPR (de forma que se amplíe la red de responsabilidad para hacerla lo más extensa posible), planificar y llevar a cabo una acción de limpieza y tareas asociadas. La respuesta de la comunidad empresarial a CERCLA ha sido principalmente la adopción de rigurosos protocolos de diligencia debida destinados a garantizar que el emplazamiento no haya sido contaminado o, si está contaminado, que se conozca el alcance de la contaminación (y la exposición financiera del nuevo propietario en relación con los costes de limpieza).⁶⁷

Los esfuerzos de diligencia debida durante los primeros años del programa CERCLA fueron esencialmente *ad hoc*, pero pronto se hizo evidente que se necesitaba un protocolo comúnmente aceptado por toda la industria para las investigaciones de los emplazamientos en el que pudieran basarse posteriormente los bancos, compañías de seguros, socios potenciales de fusiones y propietarios de viviendas. Esta necesidad llevó a un esfuerzo por parte de una entidad denominada *ASTM International* para crear un protocolo de investigación de diligencia debida que todas las partes pudieran reconocer como suficiente.⁶⁸ En la década de 1980, ASTM International convocó una serie de reuniones a las que asistieron las principales empresas de consultoría en ingeniería, con funcionarios federales y estatales, representantes de la industria, organismos de crédito y compañías aseguradoras. A raíz de estas conferencias se formó un consenso en torno a lo que finalmente se denominó “*ASTM E-1527 - 05 Standard Practice for Environmental Site Assessments: Phase I Environmental Site Assessment Process* (Práctica Estándar para la Evaluación Medioambiental: Fase I Proceso de Evaluación Medioambiental del Emplazamiento)”

CERCLA ilustra cómo una ley con un fuerte régimen de responsabilidad puede dar lugar a actividades eficaces de diligencia debida por parte de la comunidad de empresas afectada. También muestra cómo la comunidad empresarial puede colaborar de forma conjunta para

desarrollar una posición de consenso sobre las medidas adecuadas de diligencia debida que deben tomarse, y cómo este consenso sobre normas para toda la industria fue finalmente aceptado y reconocido por el Congreso y la Agencia de Protección Medioambiental de EE.UU. Cabe destacar que estas normas estándares para toda la industria se integraron dentro de la ley para convertirse en un “refugio seguro” para aquellos que deseaban comprar bienes potencialmente contaminados.

Diligencia Debida y Prevención del Blanqueo de Capitales y Flujos Ilícitos

En ciertas situaciones, los requisitos de diligencia debida surgen de un consenso a nivel internacional sobre la utilidad de la reglamentación relativa a la diligencia debida como mecanismo adecuado para hacer frente a un determinado peligro. La identificación del cliente para prevenir la financiación del terrorismo y el blanqueo de dinero es uno de esos ejemplos. Varios Estados de todo el mundo han establecido procesos de reglamentación según los cuales los bancos y las instituciones financieras deben “conocer al cliente” (KYC por sus siglas en inglés, *know your customer*). Esto obliga a los bancos a conocer la identidad de sus clientes e identificar la naturaleza de los riesgos que presentan antes de la apertura de una cuenta nueva o de la participación en diferentes tipos de transacciones financieras. Esto se conoce a veces como “procedimientos de diligencia debida con respecto al cliente” (CDD por sus siglas en inglés, *customer due diligence*).

La existencia casi universal de requisitos KYC/ CDD demuestra un consenso normativo mundial en cuanto al hecho de que los bancos tienen un papel importante que desempeñar en la prevención y detección del blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Como tal, representa un ejemplo de un régimen de diligencia debida que ha encontrado la manera de introducirse en las estructuras de reglamentación de una serie de países en todo el mundo. Por ejemplo, países tan diversos como China, Alemania, India, Sudáfrica, Estados Unidos y Nueva Zelanda tienen legislación relativa a los requisitos KYC⁶⁹. Las autoridades de reglamentación han desarrollado varias herramientas para auditar y evaluar si las instituciones financieras cumplen con las leyes y reglamentos KYC, e pueden imponer sanciones por incumplimiento de las normas aplicables.⁷⁰

En cada país, las autoridades de reglamentación disponen de diferentes herramientas para hacer frente a un banco u otra institución financiera que no lleve a cabo los requisitos KYC y los procedimientos adecuados de diligencia debida con respecto al cliente. Las autoridades de supervisión bancaria pueden exigir medidas correctivas como condición necesaria para asignar, por ejemplo, un determinado tipo de calificación y, en caso de que no se apliquen, las entidades solicitantes estarán incurriendo en prácticas bancarias “inseguras” o “inapropiadas”, lo que permitiría a las autoridades de reglamentación imponer sanciones civiles. Además, un banco que no cuente con un sistema de información y notificación adecuado de las transacciones financieras sospechosas, o que evada sus obligaciones de información, también podrá estar sujeto a sanciones administrativas, o incluso procedimientos penales.⁷¹

Para garantizar la coherencia de las políticas y normativas entre los Estados, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) ha desarrollado una serie de normas comunes para acabar con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo⁷². La Recomendación 10 del GAFI se refiere a procedimientos de diligencia debida con respecto al cliente y establece que “las instituciones financieras deben estar obligadas a adoptar procedimientos de diligencia debida con respecto al cliente (DDC)”⁷³. Los estándares del GAFI requieren que “el principio de que las instituciones financieras deben llevar a cabo la CDD debe plasmarse en ley. Cada país puede determinar cómo impone obligaciones específicas de CDD, ya sea mediante ley o medios coercitivos”. Los estándares especifican además las medidas que las instituciones financieras deberían aplicar. De esta manera, una norma internacional define los contornos básicos de una obligación de diligencia debida.⁷⁴

Las autoridades de regulación bancaria son en general las encargadas de hacer un seguimiento de los procedimientos de diligencia debida con respecto al cliente como parte de su función de supervisión bancaria general. Estas autoridades bancarias pueden cooperar con los servicios de inteligencia financiera que, a su vez, pueden compartir la responsabilidad. Las autoridades de regulación bancaria, además de supervisar el respeto de la normativa por parte de las instituciones financieras, tendrán la capacidad de imponer sanciones administrativas o buscar medidas correctivas como parte de su autoridad de supervisión, entendida en su sentido más amplio.

En 2001, el Banco de Pagos Internacionales (una plataforma intergubernamental de regulación bancaria que opera desde Basilea, Suiza) también elaboró un conjunto de directrices dirigidas a los bancos sobre las medidas de diligencia debida con respecto al cliente⁷⁵. El BPI a través de su Comité de Supervisión Bancaria emitió una serie de recomendaciones que proporcionan un marco básico para supervisores y bancos. Los supervisores deben trabajar con sus instituciones supervisadas para garantizar que estas directrices se tengan en cuenta a la hora de desarrollar las prácticas KYC. Unas políticas y procedimientos KYC fuertes son fundamentales para proteger la seguridad y solidez de los bancos y la integridad de los sistemas bancarios. Diferentes legislaciones regionales y nacionales integran ya requisitos de KYC. En 2002, diversos órganos reguladores representantes de cerca de 120 países en la Conferencia Internacional de Supervisores Bancarios (ICBS) anunciaron su apoyo a las medidas de diligencia debida incluyendo “la adopción de procedimientos para ‘conocer al cliente’ dentro de cada jurisdicción, como parte de programas eficaces de diligencia debida respecto a los clientes; y el intercambio de información relacionada con la financiación del terrorismo y el blanqueo de dinero, con otros supervisores y órganos encargados de hacer respetar la ley”.⁷⁶

La Directiva EU contra el Blanqueo de Dinero proporciona un ejemplo de cómo las empresas deben aplicar amplios requisitos de diligencia debida con respecto a sus clientes y cómo estos requisitos se transponen a las legislaciones nacionales. La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo exige a las

instituciones financieras y de crédito que apliquen una serie de medidas preventivas para evitar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. El artículo 7 de la citada Directiva obliga a las entidades financieras y de crédito a aplicar medidas de diligencia debida con respecto al cliente. Además, los Estados Miembros de la UE son responsables de supervisar el cumplimiento de la Directiva por parte de las instituciones financieras y de imponer sanciones en caso de incumplimiento.

Los Estados también han exigido a las empresas e instituciones financieras que actúen con la diligencia debida para verificar su conformidad con las sanciones financieras a fin de evitar que se transfieran fondos a personas de países en las listas de sanciones internacionales o nacionales.

La Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC) es una agencia del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos responsable de administrar sanciones comerciales. La OFAC gestiona una lista de ciudadanos especialmente designados (*Specially Designated Nationals*, Lista SDN) que tienen prohibida cualquier transacción financiera.⁷⁷ La prohibición abarca a las empresas mayoritariamente controladas, directa o indirectamente, por la persona o entidad mencionada en la lista SDN, incluso si dichas empresas no aparecen en la lista SDN como tales.⁷⁸ La OFAC explica en sus directrices, accesibles públicamente, que declarará a los bancos responsables si no llevan a cabo la diligencia debida en relación con sus propios clientes directos, y que, una vez examinada la “totalidad de las circunstancias”, podrá también declarar responsables a los bancos intermediarios por no interrumpir las transacciones con personas bloqueadas.⁷⁹

La OFAC aconseja además a los ciudadanos y entidades estadounidenses que mantengan un “riguroso programa de cumplimiento basado en el riesgo asumido” con el fin de evitar sanciones por haber procesado casualmente transacciones con personas bloqueadas⁸⁰. La OFAC exhorta también a todos aquellos que llevan a cabo transacciones a que tomen “pasos concretos de diligencia debida” para determinar si los datos de la transacción son válidos y coinciden con la lista de la OFAC⁸¹. La OFAC puede imponer sanciones administrativas por incumplimiento de los programas de autorización, que varían dependiendo de la ley aplicable, pero que generalmente no superan los cientos de miles de dólares. La pena se evalúa en función de la persona que realiza la transacción prohibida, que generalmente es la entidad (y no sus directivos).

Las directrices de ejecución de la OFAC establecen que a la hora de decidir sobre las medidas apropiadas, la OFAC tendrá en cuenta si una persona “tenía razones para saber” acerca de la conducta que dio lugar a la violación y si “con el ejercicio de la diligencia debida razonable,” la conducta habría tenido o no lugar. La OFAC también evalúa si un “riguroso programa de cumplimiento basado en el riesgo” del individuo o la entidad incorpora elementos de los procedimientos de diligencia debida⁸².

Finalmente, la UE ha recurrido a la reglamentación administrativa en un intento por detener el flujo de mercancías ilegales. El Reglamento CE n° 995/2010 establece que, a partir del 3 de marzo de 2013, los Estados deben prohibir la comercialización en el mercado interior de madera

aprovechada ilegalmente o de productos derivados de la misma. Cualquier “agente” que desee importar productos de madera deberá respetar una serie de medidas detalladas de diligencia debida con el objetivo de identificar el origen de la madera y las circunstancias de su aprovechamiento. Como ocurre generalmente con la normativa de la UE, el Reglamento 995/2010 necesita ser aprobado por todos los Estados miembros antes de poder ser aplicado a través de las legislaciones nacionales.

El Reglamento especifica los siguientes requisitos de diligencia debida:

- (1) Acceso a la información sobre la fuente como: la madera y los productos de la madera, el país de aprovechamiento, las especies, la cantidad, detalles sobre el proveedor e información relativa al cumplimiento de la legislación nacional aplicable;
- (2) Preparación por parte del agente de una evaluación del riesgo de introducir madera ilegal en su cadena de suministro, en función de la información identificada en el punto anterior y teniendo en cuenta los criterios establecidos en la legislación; y
- (3) reducción del riesgo de madera ilegal detectado en la cadena de suministro:
 - (a) solicitando información, documentación o certificación adicional (a través de auditorías externas o pruebas de cumplimiento de la normativa); o
 - (b) cambiando la fuente de aprovisionamiento.

Se espera que la Comisión Europea proporcione una orientación detallada sobre el futuro sistema de diligencia debida para los contratistas, agencias gubernamentales involucradas en la adquisición de productos de la madera e instituciones financieras. Los Estados también deberán proporcionar asistencia técnica a los agentes.

4. La Diligencia Debida como Criterio para la Aprobación Reglamentaria

Todos los Estados tienen procedimientos de reglamentación para la concesión de licencias, permisos y otras formas de aprobación estatal necesarias para el desempeño de la actividad empresarial. Tales procesos a menudo requieren o animan a las empresas a desarrollar actividades de diligencia debida como criterio básico para que el Estado autorice la actividad de la empresa. Los Autores encontraron una serie de ejemplos que tienen que ver con procesos de autorizaciones reglamentarias y planes de concesión de licencias y permisos, a menudo en relación con el inicio de importantes actividades ligadas a la tierra y proyectos extractivos. En los ejemplos, las autorizaciones reglamentarias condicionadas al ejercicio de la diligencia debida se aplicaban tanto a los proyectos nacionales como en el extranjero e incluían ya en ciertos casos los derechos humanos dentro de las normas establecidas para las empresas.

Un Estado puede exigir a una empresa que lleve a cabo una variedad de actividades de diligencia debida en el proceso de concesión de una licencia o permiso, o en la aprobación de un proyecto.

La presentación de la prueba de la diligencia debida puede ser una condición para recibir la aprobación del gobierno correspondiente. Esta es una práctica común en la reglamentación medioambiental. Las empresas están obligadas a presentar estudios de impacto medioambiental antes de iniciar un proyecto, en particular en relación con los recursos naturales u otras formas de desarrollo y explotación de la tierra.⁸³ Por ejemplo, la reglamentación minera de la República Democrática del Congo exige que todas las operaciones mineras, incluyendo las empresas de transformación y transporte, completen un Plan de Gestión Ambiental del Proyecto y un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) antes de comenzar un proyecto. De acuerdo con el artículo 458 del Código de Minas, este informe debe incluir una descripción de las medidas de mitigación y esfuerzos de rehabilitación que se han completado, esto es, el estado de la mitigación y rehabilitación en comparación con los valores previstos en el Plan de Gestión Ambiental del Proyecto aprobado. Las sanciones son administrativas y pueden llegar a la suspensión de los contratos mineros si los requisitos ambientales no se cumplen.

Todos los ejemplos analizados aplican el mismo instrumento de reglamentación: antes de que una empresa pueda obtener una aprobación o un beneficio relacionado pero esencial por parte de una agencia del gobierno (como un permiso, préstamo, garantía de préstamo o seguro contra el riesgo de inestabilidad política), tiene primero que pasar por un proceso de evaluación para determinar si cumple con los criterios de la agencia. Esto concuerda con los Principios Rectores, que sugieren que la diligencia debida debe comenzar “lo antes posible en el ciclo de un proyecto”⁸⁴.

Muchos de los ejemplos analizados se centran en la diligencia debida en materia de medio ambiente, o aspectos relacionados, para proyectos que no tengan efectos extraterritoriales, es decir, no se espera que el proyecto genere ningún tipo de consecuencias fuera de las fronteras nacionales⁸⁵. Otros ejemplos requieren la diligencia debida en el contexto de los grandes proyectos de infraestructura y desarrollo en el extranjero⁸⁶.

Por lo general, las aprobaciones para obtener acceso a determinadas prestaciones públicas no son opcionales, son un requisito previo para que una empresa pueda participar en este tipo de actividades comerciales o recibir distintas formas de apoyo estatal, como seguros de riesgo y créditos a la exportación. Una empresa que desee conseguir garantías de inversiones en el extranjero, o créditos a la exportación, deberá emprender un proceso de diligencia debida para acceder a un determinado beneficio proporcionado por el Estado, que, en la mayoría de los casos, resulta crucial para el tipo de proyecto o actividad que la empresa pretende desarrollar.

Tanto los procesos de aprobación nacional como los de vocación internacional constituyen ejemplos útiles de cómo los Estados pueden exigir la diligencia debida al inicio de un proyecto. Tales procesos de aprobación previa podrían ser utilizados para promover o exigir la diligencia debida en materia de derechos humanos como parte integrante del proceso de obtención del certificado de registro de una empresa.

Diligencia Debida y Evaluaciones de Impacto Medioambiental

Un número significativo de países exige a las empresas que elaboren evaluaciones de impacto ambiental (EIA), allí donde planeen una actividad que pueda tener consecuencias ambientales. En India, por ejemplo, el proceso original para la preparación de una evaluación de impacto ambiental se presenta en el artículo 3 de la Ley de Protección del Medio Ambiente de 1986.⁸⁷ La ley surgió de la reacción de la opinión pública ante catástrofes como la que se produjo en Bhopal. Los procedimientos actuales, sin embargo, se encuentran en la Notificación de Impacto Medioambiental de 2006.⁸⁸ Según estos procedimientos, el solicitante debe remitir un expediente en el que describa el proyecto, sus impactos físicos, el uso de los recursos naturales, el uso de sustancias nocivas, la producción de residuos sólidos, la contaminación, el ruido, los riesgos de contaminación del medio ambiente, los riesgos de accidentes y otros factores que deban ser considerados y que podrían provocar efectos en el medio ambiente, así como el potencial de impactos acumulativos con otras actividades existentes o proyectadas en la localidad. Estos mismos procedimientos prevén un proceso de evaluación por un comité de expertos denominado “Comité de Evaluación Ambiental” (CEA) que decidirá sobre los parámetros más adecuados para la evaluación de impacto medioambiental final.

La Ley prevé un proceso de participación pública, incluyendo una audiencia pública en la localidad del proyecto, donde los interesados puedan comentar la evaluación del solicitante, el documento que describe el alcance del proyecto, etc. El Comité CEA deberá proporcionar una decisión por escrito, que se recogerá en las actas de la audiencia, diciendo si acepta o rechaza el proyecto, explicando los motivos de dicha decisión. La ley prevé penas criminales por información falsa o engañosa o la omisión de información requerida, que se aplican tanto al jefe de la agencia gubernamental responsable de la elaboración del acta de evaluación, como al jefe de la empresa, solicitante del proyecto. Existe la posibilidad de presentar una defensa basada en la “diligencia debida”, pero un acta de evaluación inadecuada podría provocar directamente la suspensión o revocación de las autorizaciones del proyecto.

En Ghana, los Procedimientos de Administración de las Evaluaciones Medioambientales⁸⁹ estipulan que todos los nuevos proyectos tendrán que:

- (1) registrarse en la Agencia de Protección Ambiental (EPA, siglas en inglés);
- (2) realizar una evaluación ambiental de su propuesta;
- (3) presentar un informe de evaluación ambiental a la EPA para su revisión, incluyendo una evaluación del impacto y una propuesta de medidas de mitigación de cualquier impacto ambiental probable que esté asociado con el proyecto.

La EPA realiza diferentes niveles de evaluación, dependiendo del tipo, magnitud y localización de la actividad antes de conceder un permiso medioambiental y antes de que pueda iniciarse el proyecto.

La legislación también exige a las industrias que presenten Planes de Gestión Ambiental (EMP por sus siglas en inglés) ante la EPA para su revisión. Esto se aplica también a las industrias establecidas con anterioridad a la legislación EPA y que no han tenido que pasar por el proceso de evaluación previo al inicio de la actividad. Cualquier proyecto nuevo debe presentar un EMP dentro de los 18 meses desde su puesta en marcha. El EMP tiene una validez de tres años, y una vez que expira debe presentarse uno nuevo. Además, puede que también se requieran informes mensuales sobre las distintas formas de contaminación. Finalmente, también debe presentarse un Informe Medioambiental Anual en el que se indique “cuál ha sido el comportamiento medioambiental de la empresa, qué se ha conseguido, qué ha salido mal y qué tiene que hacerse al respecto.”⁹⁰

El Convenio relativo al acceso a la información, a la participación del público y al acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus)⁹¹, adoptado en 1998 en el seno de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, estipula que “Cada Parte alentará a los explotadores cuyas actividades tengan un impacto importante sobre el medio ambiente a informar periódicamente al público de este impacto, en su caso, en el marco de programas voluntarios de etiquetado ecológico o de auditorías medioambientales o por otros medios.”⁹² El Convenio de Aarhus ha sido transpuesto a la legislación comunitaria a través del Reglamento (CE) no 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus.⁹³ Dentro de la UE, la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente,⁹⁴ también requiere que determinados planes y programas que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, sean objeto de una evaluación ambiental, de modo que las consideraciones medioambientales puedan integrarse en la preparación y aprobación de estos planes y programas.

Si bien la Directiva 2001/42/CE solo se aplica a los planes y programas preparados o adoptados por autoridades públicas, la Directiva 85/337/CEE del Consejo, del 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, complementada por la citada Directiva 2001/42/CE, se aplica tanto a proyectos públicos como privados. Esta Directiva se fundamenta en la idea de que la aprobación de los proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente sólo debería concederse después de haber realizado una evaluación previa de los efectos ambientales más significativos.

Aunque la preparación de un documento de evaluación es responsabilidad formal de la autoridad de reglamentación, en la práctica, la mayor parte de la carga recae sobre los hombros de la parte privada, que debe llevar a cabo amplias actividades de diligencia debida esenciales para proporcionar a la agencia gubernamental la documentación necesaria. Esta actividad la realizan generalmente consultores profesionales, que tienen experiencia en los diversos campos científicos involucrados, tales como la economía, la contaminación del aire y del agua, la finalidad del

proyecto y aspectos similares. Los gastos generados por el Gobierno para realizar la evaluación, incluyendo sus propios costes administrativos y los costes de consultores externos, a menudo se facturan al solicitante del proyecto.⁹⁵

La Ley canadiense de Evaluación de la Protección Medioambiental, La Ley estadounidense de Política Medioambiental de 1969 (NEPA, National Environmental Policy Act) y la Ley de Calidad Medioambiental del Estado de California (California Environmental Quality Act (CEQA) también imponen requisitos formales sobre los promotores privados para que preparen evaluaciones sobre el impacto medioambiental de sus proyectos.

El proceso óptimo para realizar una evaluación de impacto medioambiental es prácticamente idéntico, ya sea para un proyecto nacional o en el extranjero⁹⁶: primero se empieza con una descripción del propio proyecto, luego se realiza un estudio de referencia en el que se examinan y documentan las condiciones existentes en la zona en la que se desarrollará el proyecto y en cualquier comunidad afectada; a continuación se identifican y evalúan los impactos en función de su gravedad; se planifican las medidas de mitigación, incluyendo alternativas al proyecto en sí mismo, o para varios de sus aspectos; y finalmente se elabora una lista de recomendaciones sobre posibles medidas de mitigación destinadas a hacer frente a los impactos del proyecto, incluidas propuestas para la incorporación de condiciones especiales en los contratos de préstamo, permisos y similares.⁹⁷ Además, deberán estipularse ciertas disposiciones para la supervisión y el respeto de las normas una vez iniciada la actividad⁹⁸. Una vez que se haya aprobado un proyecto en el extranjero, la empresa deberá rendir cuentas de manera continua durante toda la vida del proyecto sobre sus responsabilidades de mitigación de los impactos previstos y, en la medida de lo posible, de los impactos no previstos y totales surgidos desde el momento de realización de la evaluación inicial. Las autorizaciones gubernamentales, permisos y otros documentos deben permitir a una agencia retener la jurisdicción y el control sobre el proyecto de forma continua, de lo contrario existe el peligro de que las medidas de mitigación queden obsoletas.

La Participación de los interesados y la transparencia del proceso resultan vitales para la credibilidad y la calidad de cualquier evaluación de impacto. Una crítica recurrente de las evaluaciones de impacto es que parecen ceñirse mera y superficialmente a las mociones de consulta a las partes interesadas. Esto puede deberse a que un organismo regulador no suele inspeccionar la naturaleza de las consultas realizadas por una empresa en su afán por garantizar la participación adecuada de la comunidad. Si no se verifica la participación de la comunidad, puede que las empresas se limiten a invitar a un grupo reducido de ‘representantes’ de la comunidad a una reunión, en lugar de buscar un compromiso más abierto.

Muchas reglamentaciones exigen la divulgación de los documentos de trabajo, audiencias públicas, invitaciones abiertas a formular comentarios, respuestas por escrito a tales comentarios, y similares. Una meta principal del proceso debe ser el hecho de garantizar la participación abierta y efectiva de “las comunidades afectadas por los proyectos.”⁹⁹ Un proyecto que pasa por la fase de planificación sin consultar a las personas cuyas vidas se verán posiblemente afectadas estará

corriendo un grave riesgo de tener serios problemas locales. La Corporación de Estados Unidos para la Inversión Privada en el Extranjero (*Overseas Private Investment Corporation*, OPIC) insta a sus clientes a tratar de lograr “un amplio apoyo comunitario para el proyecto”.¹⁰⁰

Perú cuenta con un ejemplo de una ley centrada en la consulta a las partes interesadas. La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios garantiza el respeto de los derechos de consulta establecidos en la Convención de 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales. La ley estipula que el gobierno peruano debe celebrar consultas significativas con los pueblos indígenas y tribales sobre las cuestiones que les afectan¹⁰¹. Para que una consulta sea ‘significativa’, las personas deben ser informadas y consultadas cuando todavía pueden influir en la decisión y antes de que la autoridad gubernamental emprenda acción alguna.¹⁰² Esencialmente la ley obliga al Estado a que actúe con la diligencia debida y organice consultas de forma previa “sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a los derechos colectivos” o sobre la “existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo” de los pueblos indígenas y tribales.¹⁰³

Para poder proteger los intereses de las partes interesadas, es necesaria la presencia de ‘organismos de control’ que observen el proceso, por ejemplo, agencias gubernamentales cuya función sea vigilar la calidad de los documentos de evaluación e intervenir en casos de incumplimiento¹⁰⁴; u organizaciones de la sociedad civil que puedan interponer demandas para impugnar la suficiencia del proceso.¹⁰⁵

Diligencia Debida y Proyectos de Infraestructuras y Desarrollo en el Extranjero

La Corporación Financiera Internacional (IFC, por sus siglas en inglés), miembro del Grupo del Banco Mundial, ha desarrollado y actualizado un conjunto de ocho “Normas de Desempeño”¹⁰⁶, acompañadas por una serie de “Notas de Orientación”¹⁰⁷ y “Procedimientos”¹⁰⁸. Todos estos documentos juntos imponen un régimen de diligencia debida en el que tienen que participar todos los ‘clientes’ de IFC, a través de: (1) un proceso de evaluación previa a la aprobación, (2) la adopción de políticas que se ajusten a las Normas, y (3) el respeto, por parte de las empresas contractuales (según los documentos de aprobación de proyectos) de las Normas de Desempeño a largo de la vida de sus proyectos (a la que la CFI se refiere como el “ciclo de inversión”). En los casos en que la ley local contenga requisitos diferentes a las Normas, los clientes están obligados a aplicar los requisitos más estrictos de los dos.

La política de la IFC sobre diligencia debida en materia de derechos humanos se expone en la introducción de las Normas de Desempeño:

3. Las actividades comerciales deben respetar los derechos humanos, lo que significa evitar infringir los derechos humanos de los demás y atender a los impactos adversos sobre los derechos humanos que dichas actividades puedan causar o a los que puedan contribuir. Cada una de las Normas de Desempeño

contiene elementos relacionados con las dimensiones de derechos humanos que puedan enfrentar un proyecto en el transcurso de sus operaciones. La aplicación de estas Normas de Desempeño con la diligencia debida permitirá al cliente abordar muchas cuestiones relacionadas con los derechos humanos en su proyecto.¹⁰⁹

Las Normas de Desempeño de la IFC contienen, como sus títulos indican, numerosos requisitos destinados a evitar efectos adversos sobre derechos humanos específicos, incluyendo, entre otros: la protección del medio ambiente, la adquisición de tierras y el reasentamiento, la protección de las comunidades afectadas y los pueblos indígenas, las cuestiones de seguridad, el cumplimiento de las normas internacionales del trabajo, incluida la prevención del trabajo esclavo y del trabajo infantil, y la evaluación de la cadena de suministro asociada.

Los procedimientos de la IFC para las actividades de diligencia debida, tales como la evaluación de los proyectos propuestos y el seguimiento de los proyectos en curso, aparecen en su Manual de Procedimientos de Revisión Ambiental y Social¹¹⁰, que cubre todos los aspectos del ciclo de inversión, incluyendo: el ejercicio de la diligencia debida y la evaluación anteriores a la aprobación, identificación de medidas de mitigación, consulta a las partes interesadas, así como otras actividades de información y participación pública, gestión de registros, seguimiento, verificación de dichas medidas para que formen parte integrante de la documentación de homologación, etc. Este Manual asigna responsabilidades para cada uno de los diversos aspectos de evaluación y seguimiento, incluyendo la designación de responsables para recibir los comentarios y responder a las observaciones de las comunidades y personas afectadas, así como de otras partes interesadas.

La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), brazo de Garantía de Inversiones del Grupo Banco Mundial¹¹¹, utiliza precisamente estas Normas de Desempeño. Las agencias de desarrollo de las exportaciones de Canadá y Estados Unidos también han incorporado las “Normas” de la IFC como parte de sus propios regímenes de diligencia debida¹¹². Si bien estas Normas de Desempeño, revisadas recientemente, podrían mejorarse y fortalecerse, ilustran cómo los bancos de desarrollo u otras instituciones de crédito pueden integrar los derechos humanos en las condiciones que aplican para prestar su apoyo, sobre todo teniendo en cuenta que además de los fondos que aportan, la participación de las instituciones públicas en proyectos de desarrollo a menudo se valora como garantía de la integridad del proyecto en el que estas instituciones han decidido participar. Los Estados pueden inspirarse en estas iniciativas en su calidad de instituciones de crédito y de seguros contra los riesgos ligados a la inversión.

5. La Diligencia Debida como Requisito para Hacer Negocios con el Gobierno

Los Estados son participantes importantes del mercado, como compradores y como propietarios. Cuando los Estados contratan bienes y servicios a través de procedimientos de licitación pública, influyen en las prácticas de las empresas que desean participar en la licitación, al exigirles que realicen actividades de diligencia debida, u otorgándoles un tratamiento preferencial en la

competencia por contratos con las autoridades dependiendo de su comportamiento en materia de derechos humanos.

En general, los Estados podrían ofrecer un trato preferencial a las empresas que ejerciesen la diligencia debida en materia de derechos humanos. Y a la inversa, los Estados también podrían suspender o prohibir que ciertas empresas compitan por contratos gubernamentales si no han actuado con la diligencia debida y han contribuido a violaciones de los derechos humanos.

Muchas jurisdicciones permiten a las autoridades públicas imponer obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos a las empresas que busquen obtener contratos públicos. Este es el caso, por ejemplo, de la UE. El Libro Blanco de la Comisión sobre la Responsabilidad Empresarial de las Empresas publicado en 2002 mencionaba ya que “los Estados miembros y otros países firmantes de la Declaración de la OCDE sobre inversiones internacionales podrían examinar la posibilidad de condicionar el acceso a las subvenciones para la promoción del comercio internacional, las inversiones y las garantías en materia de créditos a la exportación, así como el acceso a los contratos públicos, al cumplimiento de las orientaciones de la OCDE para las multinacionales, respetando plenamente los compromisos internacionales de la UE.”¹¹³

La legislación vigente relativa a la contratación pública en la UE¹¹⁴ confirma ahora la posibilidad de incluir cláusulas ambientales y sociales entre los criterios de adjudicación de los contratos públicos¹¹⁵. Los instrumentos aplicables también establecen que en la selección de los candidatos, se aplicarán o se podrán aplicar ciertas cláusulas de descalificación si los poderes públicos así lo deciden. Según el artículo 45(1) de la Directiva 2004/18/CE: quedará excluido de la participación en un contrato público cualquier candidato o licitador que haya sido condenado mediante sentencia firme por participación en una organización delictiva, corrupción, fraude o blanqueo de capitales, según se definen en los instrumentos legislativos comunitarios relevantes.

De conformidad con el artículo 45(2), podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico que, *inter alia*, “haya sido condenado por sentencia con autoridad de cosa juzgada según las disposiciones legales del país y en la que se aprecie un delito que afecte a su moralidad profesional” si la legislación nacional contiene disposiciones a tal efecto, esto puede incluir el incumplimiento de la legislación medioambiental, o el incumplimiento de las disposiciones nacionales por las que se aplican instrumentos relacionados con la lucha contra la discriminación¹¹⁶, cuando dicho incumplimiento haya sido objeto de una sentencia firme o de una decisión de efecto equivalente.¹¹⁷ En la actualidad, estas normas no condicionan explícitamente la adjudicación de los contratos públicos al cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos, ni autorizan a los Estados miembros de la UE a imponer tales condiciones, a menos que sean parte de las condiciones sociales o ambientales. Sin embargo, esta evolución puede tener lugar en el futuro y el marco legislativo vigente en la UE podría ser fácilmente adaptado a tal efecto.

Diligencia Debida y Procesos de Licitación ‘Ecológica’

Varios Estados asiáticos han obligado a los ministerios de sus gobiernos a que adquieran bienes respetuosos con el medio ambiente, a través de los llamados “procesos de licitación ‘ecológica’”. Estos procesos requieren que las empresas participantes que deseen suministrar bienes a las entidades gubernamentales tengan que determinar si los productos que venden cumplen ciertas normas ambientales y de sostenibilidad. La Ley japonesa relativa a la promoción de la contratación de Bienes y Servicios respetuosos con el Medio Ambiente por parte de las Entidades Estatales y otras Entidades (la Ley) entró en vigor en abril de 2001. Esta Ley dice que los organismos del gobierno central deben establecer políticas de licitación ‘ecológica’, adquirir los bienes y servicios de acuerdo con las políticas publicadas, e informar posteriormente sobre los resultados y logros de estos procesos de licitación ‘ecológica’. Para poder aplicar la Ley, el Gobierno ha identificado una serie de productos ‘ecológicos’ y ha establecido una serie de criterios de evaluación para que puedan utilizarse en el momento de adjudicación de los contratos públicos. Desde 2004, la aplicación de la Ley ha permitido la adquisición ‘ecológica’ de más del 90% del papel de oficina, del 95% de los equipos fijos y de oficina, y de todos los vehículos oficiales.¹¹⁸

En la República de Corea, la Ley de Promoción de la Compra de productos ecológicos entró en vigor en julio de 2005. De acuerdo con esta Ley, los organismos públicos (nacionales y locales) deben publicar los procesos de licitación ‘ecológica’ y los planes de aplicación, ejecutar tales planes e informar sobre los resultados.¹¹⁹

En Taiwán, se ha insertado un artículo sobre licitación ‘ecológica’ en la Ley general de contratación pública que entró en vigor en mayo de 1999. Además, la Ley de recuperación y de reutilización de los recursos contiene una disposición relativa a la obligatoriedad de la contratación ‘ecológica’. Según el precitado artículo, todas las agencias gubernamentales deberán realizar compras preferenciales de los productos ecológicos designados, que, por su parte, podrán disfrutar de una preferencia de precio equivalente al 10%. El gobierno también ha identificado una serie de categorías de productos, además de varios criterios de evaluación para la contratación sostenible de bienes y servicios; y efectúa un seguimiento de la información y el avance de los resultados de las medidas aplicadas. Los objetivos anuales relativos a la adquisición de las categorías de productos seleccionados aumentan gradualmente desde 2002.¹²⁰

Diligencia Debida, Derechos Laborales y Prevención de la Trata

En Estados Unidos, el Reglamento Federal de Adquisiciones (*Federal Acquisition Regulation, FAR*), que regula todas las compras por parte de la Administración, estipula que toda persona que desee participar en un proceso de contratación pública deberá certificar que: (a) no proporcionará un ‘producto final’ procedente de uno de los países identificados en la lista (de países conocidos por hacer uso del trabajo infantil forzado o de servidumbre por deudas); o (b) que:

- (i) la persona haya hecho un esfuerzo de buena fe para determinar si se recurrió al trabajo infantil forzado o de servidumbre por deudas para extraer, producir o fabricar cualquier producto final que se proporcione de acuerdo con el contrato que figura en la Lista, y que

haya sido extraído, producido o fabricado en un país identificado en la lista para ese producto; y

- (ii) A raíz de los esfuerzos realizados, la oferta presentada desconozca el uso de cualquier tipo de trabajo infantil.

La pena por presentar un certificado falso es la suspensión o terminación del contrato y/o inhabilitación de hasta tres años para participar en la contratación federal.¹²¹

El 25 de septiembre de 2012, el Presidente de los EE.UU. emitió la Orden Ejecutiva 13627, “Reforzar la Protección contra la Trata de Personas en los Contratos Federales”¹²², que prohíbe determinadas actividades relacionadas con la trata y establece deberes positivos para los contratistas y subcontratistas. La Orden Ejecutiva prohíbe a contratistas y subcontratistas participar en una amplia gama de actividades relacionadas con la trata: proporcionar información engañosa sobre las condiciones de trabajo, obligar a los empleados a pagar comisiones de contratación; confiscar los documentos de identidad de los trabajadores, o no reembolsar los costes de transporte de regreso de los empleados desplazados a otro lugar para trabajar en un contrato gubernamental¹²³. Para asegurar el cumplimiento de las normas por parte de los contratistas y sus subcontratistas, estos deben firmar un contrato de plena cooperación con la agencia adjudicadora para la realización de auditorías e investigaciones; y, para los contratos de más de 500.000 dólares, los contratistas y subcontratistas están obligados a redactar un plan de cumplimiento. Cualquier violación de las disposiciones de esta Orden Ejecutiva puede dar lugar a la rescisión del contrato y la inhabilitación con respecto a posibles futuros contratos federales.

Los contratistas y sus subcontratistas están obligados a ejercer la diligencia debida para garantizar que ni ellos ni sus empleados estén involucrados en actividades de trata de personas¹²⁴. Al igual que otros sistemas de contratación pública, la Orden Ejecutiva requiere que los contratistas y subcontratistas acrediten su cumplimiento¹²⁵. La Orden también obliga a que se presenten informes anuales que certifiquen que ni ellos ni sus empleados hayan participado en actividades relacionadas con la trata de personas¹²⁶. El incumplimiento de cualquiera de estas disposiciones puede resultar en la suspensión o terminación del contrato, e incluso la inhabilitación¹²⁷. La Orden Ejecutiva abarca todos los contratos federales para bienes y servicios, tanto dentro del territorio nacional de los Estados Unidos como en el extranjero. La única excepción es para los contratos o subcontratos para artículos libres de adquisición y disponibles desde el punto de vista comercial¹²⁸. Los contratistas o subcontratistas que realicen estos contratos están exentos de la obligación relativa al plan de cumplimiento¹²⁹.

Los Estados Unidos también han reglamentado los salarios de los empleados en el sector de la construcción a través de la Ley Davis-Bacon¹³⁰ (DBA, por sus siglas en inglés), promulgada inicialmente en 1931. La DBA es una ley destinada a combatir el dumping social dentro de los Estados Unidos en aquellos proyectos que se benefician de contratos federales¹³¹. La ley estipula

que los contratistas y subcontratistas deberán pagar a sus trabajadores y técnicos (“empleados cubiertos”) el salario local aplicable al sector y las prestaciones que determine el Ministerio de Trabajo (DOL) cuando trabajen directamente en el lugar de las obras de un proyecto de construcción¹³² financiado o asistido¹³³ por las autoridades federales y que supere los 2.000 dólares¹³⁴. Los contratistas y subcontratistas están obligados a pagar a los empleados cubiertos el baremo ‘salarial habitual’ sin condiciones, de forma semanal y sin deducciones posteriores¹³⁵; de lo contrario, podrán ser declarados responsables civiles, penales o quedar inhabilitados.¹³⁶

El componente de la diligencia debida reside en la obligación de que los contratistas incluyan disposiciones que garanticen que sus subcontratistas paguen a los trabajadores y mecánicos el salario aplicable determinado por el Ministerio de Empleo en la localidad en cuestión para cualquier contrato que establezcan¹³⁷. Por lo tanto, las obligaciones impuestas relativas al nivel de salario de los contratistas, se transmiten así a los subcontratistas para cualquier tarea que se subcontrate¹³⁸. Las empresas a las que se les haya asignado un contrato federal deberán archivar las nóminas semanales elaboradas por sus subcontratistas y asegurarse de que no cometan ninguna infracción, cuya responsabilidad, en última instancia, recaerá sobre la citada empresa contratante¹³⁹. Los impactos potenciales de esta legislación son considerables: aproximadamente el 20% de todos los proyectos de construcción en los Estados Unidos están cubiertos por esta ley, que afecta a más del 25% de todos los trabajadores de la construcción de la nación en un momento determinado¹⁴⁰.

Diligencia Debida y Normas Éticas para la Intervención de los Fondos del Estado

Los gobiernos pueden tratar de influir en el comportamiento de las empresas, haciendo que los fondos estatales de inversión solo respalden a las empresas que ejerzan la diligencia debida con el objetivo de evitar determinados tipos de daños. El Fondo de Pensiones del Estado de Noruega administra un conjunto de normas éticas que excluye la participación del Fondo en caso de:

- (a) violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos, como el asesinato, la tortura, la privación de la libertad, el trabajo forzoso o las peores formas de trabajo infantil y cualquier otro tipo de explotación de menores;
- (b) violaciones graves de los derechos de las personas individuales en situaciones de guerra o conflicto;
- (c) daños medioambientales graves;
- (d) casos flagrantes de corrupción; y
- (e) otras violaciones especialmente graves de las normas éticas fundamentales.¹⁴¹

Un Consejo Ético analiza en detalle las empresas en las que invierte el Fondo en relación con estas violaciones, así como las empresas que “producen armas que, a través de su uso normal, violan los principios humanitarios fundamentales”. Antes de pronunciarse, el Consejo Ético lleva a cabo sus propias investigaciones y, en caso de que se constaten violaciones, dialoga con el resto de las empresas del Fondo para determinar si debe recomendar que la empresa sea excluida del universo de inversión del Fondo. A pesar de que no se menciona explícitamente el concepto de ‘diligencia debida’, las consideraciones de exclusión exigen de hecho a las empresas que demuestren cuáles son las medidas de diligencia debida que estén realizando para protegerse contra cualquier tipo de violación que pudieran causar o en la que pudieran participar en el futuro:

Al evaluar si una empresa debe ser excluida. . . El Ministerio podrá, entre otras cosas, considerar la probabilidad de que se infrinjan las normas en el futuro; la gravedad y el alcance de estas infracciones; la conexión entre las infracciones de las normas y la empresa en la que invierte el Fondo; si la empresa está haciendo todo lo que razonablemente se puede esperar de ella para reducir en el futuro el riesgo de infracciones de las normas dentro de un plazo razonable; las directrices de la empresa para salvaguardar y reforzar la buena gobernanza corporativa, el medio ambiente y las condiciones sociales; y si la empresa está aportando una contribución positiva a todas las partes afectadas, en la actualidad o en el pasado, por el comportamiento de la empresa.¹⁴²

La exclusión del Fondo no es la única opción disponible. Las empresas también pueden estar en “observación”, estado durante el cual el Fondo revisará periódicamente el comportamiento ético de la empresa.¹⁴³

6. Diligencia Debida como Condición para el Apoyo al Comercio y a la Inversión

Los Estados alientan a las empresas a participar en procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos si convierten esta participación en una condición para recibir el apoyo del gobierno a sus actividades de comercio internacional e inversión, como el acceso al crédito a la exportación, garantías a la inversión y la participación en misiones comerciales.

Las empresas que participan en el comercio internacional y la inversión en el extranjero a menudo dependen de los gobiernos de origen para el acceso a los créditos a la exportación, garantías a la inversión y otros servicios de apoyo (tales como misiones comerciales) para que les ayuden a exportar o invertir en los mercados mundiales. Hasta la fecha, las agencias de crédito a la exportación y otras agencias de desarrollo y comercio en el extranjero han exigido a las empresas que demuestren su conformidad con las normas internacionales ambientales y laborales fundamentales.

Diligencia debida y Agencias de Crédito a la Exportación

Como reacción a los Principios Rectores de las Naciones Unidas, las agencias de crédito a la exportación han empezado a integrar entre sus criterios una serie mucho más amplia de derechos humanos. En junio de 2012, el Consejo de la OCDE adoptó la recomendación de la OCDE sobre planteamientos comunes en relación con los créditos a la exportación apoyados oficialmente y los procesos de diligencias debidas sociales y ambientales (la Recomendación).¹⁴⁴ Por primera vez, la Recomendación incluye una referencia explícita a los impactos medioambientales y sociales, entre ellos los impactos sobre los derechos humanos:

Los “impactos sociales” son los impactos relacionados con el proyecto en las comunidades locales directamente afectadas y en las personas involucradas en la elaboración y ejecución del mismo. Estos impactos sociales producen impactos adversos en los derechos humanos.¹⁴⁵

La Recomendación hace referencia explícita a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, y también define el proceso de diligencia debida:

“Diligencia debida” es el proceso a través del cual los Miembros identifican, consideran y abordan los posibles riesgos e impactos medioambientales y sociales inherentes a los proyectos para los que se solicitan créditos a la exportación apoyados oficialmente, como parte integrantes de sus sistemas de toma de decisiones y gestión de riesgos.¹⁴⁶

Los Planteamientos Comunes sobre el Medio Ambiente y Créditos a la Exportación Apoyados Oficialmente (Planteamientos Comunes) exigen desde hace tiempo a las agencias de crédito a la exportación participantes que establezcan procedimientos para la evaluación de todos los proyectos con un plazo de amortización superior a dos años y un valor de más de 10 millones de DEG (Derechos Especiales de Giro)¹⁴⁷. Independientemente de la naturaleza del crédito, los proyectos deben clasificarse como de alto (A), medio (B) o de bajo riesgo (C). De acuerdo con el principio según el cual la profundidad de la evaluación de impacto debe ser acorde con la realidad del riesgo y su gravedad, los proyectos de categoría A requieren una evaluación total del impacto medioambiental¹⁴⁸. Los proyectos de Categoría B, por su parte, necesitan únicamente una evaluación algo más ligera.¹⁴⁹

El Grupo de Trabajo sobre créditos a la exportación y garantías de crédito de la OCDE (ECG, por sus siglas en inglés) también preparó una *Recomendación sobre la Corrupción y los Créditos a la Exportación Apoyados Oficialmente*, que el Consejo de la OCDE adoptó en 2006.¹⁵⁰ Esta Recomendación pide a los Estados que adopten una serie de medidas tales como: informar a los exportadores y a los solicitantes de crédito, de las consecuencias jurídicas de la corrupción y alentarles a que desarrollen controles de gestión contra el soborno; exigirles que presenten declaraciones certificando que ni ellos ni sus agentes han estado involucrados en sobornos y garantizando que no lo estarán en el futuro; y obligarles a que verifiquen y notifiquen si alguna de las partes implicadas en las operaciones previstas aparecen en las listas públicas de inhabilitación.

La integración de las consideraciones de derechos humanos en las políticas de crédito a la exportación y las agencias de garantía de las inversiones sigue en un estado eminentemente incipiente. Un estudio que analizó veinticinco agencias públicas que ofrecen seguros para inversiones en el extranjero encontró que sólo cuatro exigían el cumplimiento de los derechos laborales y de empleo a sus clientes¹⁵¹. En el caso de la Corporación para la Inversión Privada en el Extranjero (OPIC por sus siglas en inglés) de los EE.UU., los criterios que se aplican para la selección de los proyectos incluyen: los derechos de sindicación y de negociación colectiva, la edad mínima laboral, la prohibición del trabajo forzoso y otras condiciones aceptables de trabajo. El estudio evaluó las normas laborales pidiendo a los inversores potenciales que explicasen cómo habían considerado la integración de las relaciones laborales en el proyecto. Además, se pidió a los mismos encuestados que contestasen preguntas muy precisas sobre la situación de los trabajadores en el proyecto en cuestión. Cualquier declaración falsa u omisión voluntaria de información puede desembocar en la cancelación de los seguros.

Algunas Agencias de Crédito a la Exportación (ACE), como la OPIC en EE.UU., el Seguro de Riesgos a la Exportación de Suiza y el Departamento de Garantías de Crédito a la Exportación de Reino Unido evalúan los proyectos en función de su coherencia con las demás políticas internacionales del Estado, tales como la promoción del desarrollo sostenible, los derechos humanos y la buena gobernanza. Sin embargo, estos criterios no se evalúan a través de cuestionarios específicos administrados a los exportadores o inversores que soliciten los seguros.

No obstante, se ha avanzado mucho más en la inclusión de criterios ambientales en los proyectos apoyados por las ACE. Un estudio de 2003 analizó qué tipo de condiciones medioambientales requerían nueve ACE presentes en Estados miembros de la OCDE en relación con proyectos de grandes presas, utilizando el Marco de Análisis de la Comisión Mundial sobre Presas¹⁵². Las nueve ACE analizadas integraban criterios medioambientales, aunque los métodos y la profundidad de su integración en el proceso de diseño de los proyectos variaban considerablemente. Las ACE evalúan los proyectos que apoyan y los clasifican en función de su riesgo. De acuerdo con las disposiciones del Acuerdo OCDE, solo la categoría de mayor riesgo requiere una evaluación medioambiental completa. Los proyectos pequeños o a corto plazo a menudo quedan exentos de la aplicación de estos criterios de selección. El requisito por el cual deben supervisarse escrupulosamente las medidas de mitigación destinadas a reducir el impacto, se está volviendo cada vez más frecuente en los acuerdos de préstamo, en la creación de alianzas y en la imposición de obligaciones de información y notificación.

El promotor del proyecto se encarga, por lo general, de elaborar los informes, aunque algunas ACE están empezando a utilizar métodos de supervisión por terceros. El incumplimiento de los deberes de información y de aplicación de las medidas de mitigación puede resultar, en la mayoría de los casos, en la pérdida de la cobertura del crédito. Sin embargo, el estudio confirma que las agencias analizadas apenas han recurrido a esta ‘sanción’. Las políticas de transparencia y divulgación de la información de las ACE han sido tradicionalmente un tema polémico. Esto se

debe a las exigencias contradictorias de las ACE según las cuales deben, por un lado, servir al público y, por otro, proteger la confidencialidad del cliente. El estudio observó, sin embargo, una tendencia hacia una mayor divulgación, de una manera más oportuna y accesible. Por último, el tema de la participación pública sigue siendo difícil de abordar, a pesar de que las ACE en general tienden a exigir que los promotores celebren consultas con las comunidades afectadas, como parte de la evaluación del impacto medioambiental.

Si bien los créditos a la exportación y las garantías de inversión son herramientas importantes, no son los únicos mecanismos de comercio e inversión que los Estados tienen a su alcance para alentar a las empresas a actuar con la diligencia debida en relación a los impactos sobre los derechos humanos de sus actividades. Los Países Bajos han desarrollado un *OS bedrijfsleveninstrumentarium* o Instrumento de Comercio e Industria (instrumento C&I), esto es, una iniciativa para la concesión de subvenciones a las empresas holandesas que operan en los países en desarrollo. El instrumento C&I contiene varios programas subvencionados que alientan a las empresas a contribuir al desarrollo del sector privado en los países en desarrollo¹⁵³. Entre ellos se encuentran los de AOD (Asistencia Oficial al Desarrollo), programas que se centran en la cooperación con empresas locales e internacionales en los países en desarrollo y en la promoción del principio *People, Planet and Profit* (personas, planeta y beneficios). El Ministerio Holandés de Asuntos Exteriores es el responsable de la financiación de estos proyectos, supervisados y evaluados posteriormente por organizaciones como la *Agentschap NL* (Agencia NL) y el FMO (Banco de Desarrollo Empresarial). Las empresas holandesas interesadas en contribuir al clima de inversión en los países en desarrollo pueden optar por acceder a uno de los programas del instrumento C&I. Los programas están abiertos a todo tipo de empresas holandesas, aunque la mayoría de las candidaturas presentadas son de PYME.

Una empresa que desee participar en uno de los programas y obtener así acceso a las subvenciones debe proporcionar una evaluación de riesgos sobre la actividad prevista, tomando como modelo las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. La burocracia impuesta a una empresa se ha calculado de tal manera que se evite sobrecargar a las PYME, especialmente en lo que respecta a la búsqueda de información acerca de los socios comerciales. Sin embargo, las empresas deben por lo menos determinar el origen de los principales materiales utilizados suministrados por terceros.¹⁵⁴

Export Development Canada (EDC), la agencia nacional de créditos a la exportación de Canadá, ofrece una amplia gama de servicios y ventajas para aquellas empresas que realicen actividades en otros países, incluidos; los seguros por impagos, seguros contra los riesgos de los compradores extranjeros, garantías a la exportación, asesoría para contratos y fianzas, seguros de riesgo político y captación de capitales y financiación de proyectos. Estas prestaciones están destinadas a apoyar la compra de bienes y servicios canadienses que se utilizarán en un determinado proyecto.

La EDC tiene la obligación de realizar una evaluación medioambiental y social para determinar si un proyecto que cumple con ciertos criterios y umbrales puede que tenga efectos adversos sobre el

medio ambiente, a pesar de la aplicación de medidas de mitigación, y, si tal es el caso, si se puede justificar la participación de la EDC en la transacción. La EDC puede aprobar un proyecto, a pesar de que es probable que tenga impactos ambientales adversos no mitigados, si considera que tales impactos no son “significativos”, que el proyecto supere los estándares internacionales, y que el proyecto aporte ciertos beneficios medioambientales para el país en cuestión. A la inversa, también puede negar el apoyo a un proyecto si los impactos ambientales son demasiado grandes.

EDC tiene sus propios procedimientos para la revisión medioambiental y social, que no están sujetos a la Ley de Evaluación Medioambiental de Canadá de 2012. Estos procedimientos se derivan en parte de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, de los planteamientos comunes en materia de créditos a la exportación apoyados oficialmente y diligencias debidas ambientales y sociales, de las Normas de desempeño de la Corporación Financiera Internacional, los Principios Rectores sobre Derechos Humanos de la CFI y los Principios de Ecuador.

El componente de derechos humanos de la revisión “social” de la EDC es limitado. EDC no reconoce ninguna obligación legal de abordar los posibles impactos sociales como parte de la revisión medioambiental, que incluye: el reasentamiento involuntario u otros impactos, relacionados con el proyecto, nocivos para la salud, el patrimonio cultural, los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables. Sin embargo, la EDC sí que puede llevar a cabo, por iniciativa propia, diversos análisis de determinados países y otras evaluaciones relativas a los derechos humanos.

La EDC supervisa, a través de informes periódicos de control, el cumplimiento por parte de sus “clientes” de los requisitos que figuran en sus diversos contratos, así como el cumplimiento de las leyes locales y las medidas de mitigación previstas en la evaluación medioambiental inicial. En caso de incumplimiento, la EDC tiene autoridad para retirar su apoyo, si los esfuerzos por respetar y aplicar las normas por parte de sus ‘clientes’ resultan infructuosos. En caso de sospecha de que un cliente haya violado las leyes (o las disposiciones de los documentos EDC) anti-soborno, la EDC notificará esta infracción a las autoridades correspondientes.

Diligencia Debida y Preferencias Comerciales

Los Estados pueden utilizar la financiación y otros beneficios relacionados con el comercio y la inversión para influir en el comportamiento de sus propias empresas (es decir, las empresas domiciliadas o que operen dentro de sus fronteras). Sin embargo, también puede utilizar los incentivos relacionados con el comercio para influir en el comportamiento de las empresas ubicadas en otras jurisdicciones que aspiren a convertirse en socios comerciales. En estas circunstancias, los Estados pueden recurrir a los acuerdos comerciales o programas de preferencias comerciales, para exigir a las empresas de otros países que participen en procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos.

El uso de sistemas de preferencias comerciales para estimular la diligencia debida ya se aplica en el sector textil y de la confección. Con el fin de crear incentivos para que los proveedores extranjeros cumplan con las normas laborales internacionales, al mismo tiempo que se estimule la inversión extranjera en el sector de la confección en Haití, el Congreso de EE.UU. aprobó la Ley sobre las oportunidades de Haití en el hemisferio mediante el fomento de las asociaciones de colaboración (Ley HOPE I) en 2006¹⁵⁵, y posteriormente, HOPE II. Sobre la base de la Ley de Asociación Comercial para la Cuenca del Caribe (Caribbean Basin Trade Partnership Act of 2000, CBTPA),¹⁵⁶ HOPE I otorgó libertad de derechos arancelarios a las importaciones de prendas que cumplieren ciertas normas de origen, siempre que el Presidente certificase que Haití estaba experimentando un progreso considerable, entre otras cosas, en la mejora de la protección de los derechos laborales.

HOPE II se adoptó en 2008¹⁵⁷. HOPE II incentivaba a los fabricantes de prendas de vestir de Haití para que cumplieren con estas normas laborales, otorgando libertad de derechos arancelarios a las exportaciones de prendas de vestir y asistencia técnica para aquellas empresas que respetasen las citadas normas laborales. Entre las normas laborales exigidas se encontraban: el derecho de asociación, el derecho de sindicación y de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la prohibición de sus peores formas, así como la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

HOPE II exigía que Haití crease la figura de un nuevo Defensor del Pueblo Independiente en materia de derechos laborales para garantizar que las empresas haitianas respetaran las normas laborales, y para establecer un programa de mejora de la Asistencia Técnica, Evaluación de las Necesidades de Conformidad y Reparación (*Technical Assistance Improvement and Compliance Needs Assessment and Remediation*, TAICNAR). Este programa tiene por objetivo específico evaluar la conformidad de la empresa en relación a las normas fundamentales del trabajo y la legislación laboral nacional, apoyar los esfuerzos de reparación, e informar públicamente sobre el progreso de todas las fábricas inscritas en el registro del Defensor del Pueblo en materia de derechos laborales. Los fabricantes que respeten los derechos fundamentales del trabajo y que se sometan a la supervisión de la Oficina del Defensor del Pueblo de Haití y a las inspecciones de la OIT, serán recompensados y podrán acceder libres de derechos arancelarios al mercado de Estados Unidos.

Las Naciones Unidas utilizaron un enfoque similar en su Acuerdo Bilateral de Comercio Textil de 1999 entre Estados Unidos y Camboya¹⁵⁸. En virtud de este acuerdo comercial, los Estados Unidos proporcionaron a Camboya acceso a los mercados estadounidenses, otorgando cupos de exportación de ropa y textil ampliados, a condición de que mejorasen las condiciones de trabajo en el sector de la confección. El acuerdo bilateral utilizó el Proyecto de la OIT para la Mejora de las Fábricas de Camboya¹⁵⁹ (Programa BFC por sus siglas en inglés), para supervisar e informar si

las condiciones de trabajo en las fábricas de prendas de vestir de Camboya cumplieran las normas fundamentales del trabajo de la OIT y la legislación laboral camboyana.

Los incentivos comerciales idénticos o similares a los propuestos por la ley HOPE II pueden constituir un fuerte aliciente para la empresa importadora, o para las cadenas de venta al detalle, para alentar a sus proveedores a que mejoren su conformidad con los derechos laborales más allá de las exigencias mínimas previstas por la legislación local; y a que se sometan debidamente a los mecanismos de control establecidos para verificar el cumplimiento de la normativa laboral.

Tales mecanismos indican que los acuerdos comerciales pueden utilizarse de forma constructiva para reforzar las capacidades de los Estados y crear incentivos para las empresas y grupos de empresas para que establezcan los procesos adecuados de diligencia debida en materia de derechos humanos. Estos acuerdos comerciales pueden hacer que la protección comercial de la cual se beneficia el inversor quede condicionada a que dicho inversor cumpla con determinadas normas relativas a los derechos humanos, una solución inspirada en la doctrina de las ‘manos limpias’ a la que a menudo aluden los mediadores.

7. Alentar la Diligencia Debida a través de la Legislación de Protección de los Consumidores

Los Estados pueden hacer uso de los procesos administrativos por los que se reglamenta la seguridad de los productos de consumo para declarar a las empresas responsables en caso de que no ejerzan la diligencia debida. Las empresas, por ejemplo, podrán ser declaradas indirectamente responsables de la seguridad de sus productos alimenticios, con lo que tendrán que garantizar que un importador o productor de alimentos participe en los controles de calidad y diligencia debida para asegurar que sus alimentos no contengan contaminantes y sean aptos para el consumo. Ya existen normas similares en otras categorías de productos que presentan riesgos específicos para la salud y la seguridad, tales como los juguetes de los niños y los productos farmacéuticos. Al declarar a un fabricante o importador responsable, los Estados crean un incentivo para que las empresas ejerzan la diligencia debida a lo largo de sus cadenas de suministro y garanticen así que el producto final sea apto para su uso o consumo.

Además de estas normas, la mayoría de los Estados cuentan con leyes de protección del consumidor que velan por garantizar que las empresas anuncien sus productos y servicios de una manera veraz y exacta. Estas leyes suelen centrarse en dilucidar si la información facilitada a los consumidores, y la forma en que se comercializan los productos y servicios, es o no injusta o engañosa. Tales leyes de protección del consumidor hacen que las empresas sean responsables de las comunicaciones específicas que hacen a los consumidores para tratar de influir en sus hábitos de compra. Esto es importante porque, como las expectativas de los consumidores son cada vez mayores, esto empuja a las empresas a hacer afirmaciones sobre su gestión de la cadena de suministro y sobre los principios por los que se rigen sus socios comerciales, especialmente sus proveedores. Las leyes sobre publicidad falsa y engañosa ofrecen cada vez más recursos a los

consumidores para cuestionar tales declaraciones, obligando a las empresas, autoras de estas declaraciones, a controlar eficazmente el comportamiento de sus socios comerciales. Tales declaraciones (a través de las que, en efecto, una empresa se compromete a controlar realmente a sus proveedores) se han convertido, de hecho, en vinculantes para la empresa, ya que los Estados pueden tratar este modo de expresión como una forma de publicidad, que obliga a la empresa a actuar en conformidad con sus políticas establecidas de diligencia debida. Con el fin de garantizar que este tipo de publicidad no pueda inducir a error a los consumidores, los Estados pueden también establecer mecanismos que permitan la verificación del cumplimiento del código de conducta adoptado.

La Directiva EU de 1984 relativa a la publicidad engañosa y la publicidad comparativa es un claro ejemplo de lo anteriormente mencionado. Define ‘publicidad’ en el sentido más amplio posible del término como “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios”.¹⁶⁰ Los Códigos de Conducta están incluidos en esta definición. Entre la información que puede inducir a error a las personas a las que se dirige y que, “debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico”, se incluye, en especial, el método de fabricación o el origen geográfico.¹⁶¹ Por lo tanto, cada vez que un Código de Conducta de una empresa haga referencia a las condiciones de trabajo en las que se producen los bienes anunciados, o a los países en los que se llevó a cabo la producción (referencia especialmente justificable cuando estas empresas son víctimas de ciertas campañas de boicot), esta forma de comunicación, de ser engañosa, debe ser sancionada.

La Directiva precisa las garantías procesales, que deben proporcionar las legislaciones nacionales de los Estados miembros, para que el consumidor quede efectivamente protegido contra la publicidad engañosa. En especial, las organizaciones que tengan, de acuerdo con la legislación nacional, un interés legítimo en la prohibición de la publicidad engañosa deberán poder interponer acciones legales o administrativas;¹⁶² Además tales tribunales u órganos administrativos deberán tener competencia para “exigir que el anunciante presente unas pruebas relativas a la exactitud de los datos materiales contenidos en la publicidad si, teniendo en cuenta los intereses legítimos del anunciante y de cualquiera otra parte en el procedimiento, tal exigencia parece apropiada a la vista de las circunstancias del caso,” y “considerar inexactos los datos materiales si no se presentan las pruebas exigidas de conformidad con el punto a) o si tales pruebas son consideradas insuficientes por el tribunal o el órgano administrativo.”¹⁶³

Las últimas enmiendas a la Directiva 84/450/CE¹⁶⁴ confirman lo que ya quedaba implícito en el texto original. Por ello, la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (2005/29/CE) ahora refleja explícitamente que:

Debe otorgarse un papel a los códigos de conducta, que permiten a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos. En los sectores en que existan requisitos obligatorios

específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector. El control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional o comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se debe fomentar. Con objeto de obtener un nivel elevado de protección del consumidor, se podría informar a las organizaciones de consumidores de la elaboración de códigos de conducta y asociarlas a su redacción.¹⁶⁵

La Directiva sobre las prácticas comerciales desleales pretende armonizar las normas sobre publicidad engañosa más allá de las exigencias mínimas inicialmente establecidas en las Directivas de 1984. Según esta Directiva, se considerará engañosa toda práctica comercial que “contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio” en relación con “las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que puedan esperarse de su utilización. . .”¹⁶⁶ Además, el Artículo 6(2)(b) de la Directiva define explícitamente como engañosa toda práctica comercial que suponga el incumplimiento por parte del comerciante de los compromisos incluidos en códigos de conducta que él mismo se haya obligado a respetar, siempre y cuando:

- (i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado,y
- (ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código.

Las organizaciones de protección de los consumidores deben tener la posibilidad de interponer demandas contra una empresa o grupo de empresas que haya infringido las disposiciones de la Directiva, esto es, que hayan recurrido a prácticas comerciales desleales. El artículo 11(1) de la Directiva estipula en este sentido que los Estados Miembros deben adoptar “disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores, puedan: a) proceder judicialmente contra tales prácticas comerciales desleales, y/o b) someter las prácticas comerciales desleales a un órgano administrativo competente, bien para que se pronuncie sobre las reclamaciones, bien para que entable las acciones judiciales pertinentes;” y el Artículo 4 de la Directiva 84/450/CEE incluye una disposición similar.¹⁶⁷

La aplicación de los requisitos establecidos por la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales o por la Directiva de 1984 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa es descentralizada: son los propios consumidores los que, a través de sus organizaciones representativas, deberán

garantizar que no se lleven a cabo interpretaciones excesivamente amplias de los códigos de conducta. La citada Directiva no excluye el control, que los Estados miembros pueden fomentar, de las prácticas comerciales desleales por parte de los “responsables” de códigos¹⁶⁸, encargados de aplicarlos y garantizar su cumplimiento, ni el establecimiento de organismos a los que poder remitir las reclamaciones oportunas, “siempre y cuando el procedimiento ante tales organismos sea adicional al procedimiento administrativo o judicial” y “el recurso a tales órganos de control nunca suponga la renuncia a las acciones judiciales o administrativas”, según lo especifica la Directiva.¹⁶⁹

Algunas experiencias han demostrado ya la utilidad de este marco regulatorio como una herramienta para obligar a una empresa a llevar a cabo los procesos de diligencia debida en esta área. Alemania transpuso la Directiva de la UE sobre las prácticas comerciales desleales (2005/29/CE) a través de la Ley de prácticas comerciales desleales (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, UWG). La ley prevé la posibilidad de interponer un recurso cuando una empresa anuncia el respeto de las políticas de Responsabilidad Social (RS), pero de hecho no lo hace.¹⁷⁰ Por ejemplo, una cadena de supermercados anunciaba su participación en programas de RS en su página web bajo el título “responsabilidad social” y en un folleto disponible en las tiendas, así como en sus respuestas a las preguntas de los consumidores.¹⁷¹ Esta cadena fue demandada por la agencia del consumidor de Hamburgo (Hamburger Verbraucherzentrale, VZ HH)¹⁷² por publicidad falsa. Esta agencia VZ HH fue capaz de demostrar que hay al menos tres fábricas en Bangladesh, que suministran a la cadena de supermercados productos textiles, donde las normas del código de conducta claramente no se respetaban. Si bien el código de conducta no es legalmente vinculante, en un sentido estricto, sí establece que la empresa comprometida a cumplirlo es responsable de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en toda la cadena de suministro. La demanda se basó en el argumento de que la empresa estaba engañando a los consumidores al hacerles creer que el código era de hecho vinculante y que las normas establecidas en el código de conducta se estaban cumpliendo cuando en realidad no era el caso. Los demandantes alegaron que tal conducta era contraria al artículo 5(1) N° 6 de la Ley UWG, así como a la norma más general del artículo 3(1) de la UWG. La empresa aceptó la reclamación de VZ HH y por tanto, procedió a cambiar sus anuncios publicitarios. Al final no se llegó a pronunciar sentencia alguna.

En el Reino Unido, el Reglamento de 2008 sobre la protección de los consumidores contra transacciones comerciales desleales considera delito penal que una empresa participe a sabiendas o imprudentemente en una “práctica comercial desleal”, definida como uno o más actos determinados que induzcan a error a los consumidores en su “comportamiento económico”¹⁷³. En dichos casos, la Ley obliga a la empresa a demostrar que ha llevado a cabo un proceso de diligencia debida según el cual se han tomado todas las precauciones razonables y ejercido la diligencia debida para evitar la comisión de dicho delito por parte de la empresa misma o cualquier otra persona bajo su control”.¹⁷⁴ La Oficina británica de Defensa de la Competencia (*U.K. Office of Fair Trading*), supeditada al Ministerio de Comercio, Empresa y Reforma de la

Reglamentación, ha publicado una guía para orientar a las empresas acerca del cumplimiento de la ley.¹⁷⁵ A pesar de que esta guía aconseja la creación de un sistema formal de gestión de la calidad (este sistema solo es obligatorio para la fabricación de aparatos de gas), no recomienda ningún programa específico de diligencia debida.

En los cincuenta Estados de los Estados Unidos, en el Distrito de Columbia, Puerto Rico, Guam y las Islas Vírgenes, existen leyes de protección del consumidor basadas en la Ley estadounidense de la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) por la que se prohíben los métodos de competencia, o que afecten el comercio, desleales y fraudulentos. Debido a que estas leyes se fundamentan específicamente en el artículo 5(a)(1) de la Ley de la FTC¹⁷⁶ (que prohíbe “prácticas o actos desleales o fraudulentos” (UDAP, por sus siglas en inglés)), las diferentes leyes de los Estados se denominan a menudo “*little FTC acts*” o leyes “UDAP”. Estas leyes estatales establecen derechos privados de acción para aquellos que hayan sido víctimas de una violación de la ley; en general, sólo pueden interponer una demanda los consumidores que compraron un determinado producto anunciado de una forma desleal o engañosa. En al menos un caso, una acción UDAP sobrevivió a un desafío constitucional basado en el argumento de que la publicidad debe quedar protegida como un ejercicio de la libertad de expresión. En *Kasky contra Nike, Inc.*, el Tribunal Supremo de California dictaminó que, de conformidad con la Primera Enmienda de la Constitución Federal de los EE.UU.¹⁷⁷, la publicidad comercial falsa no es una forma de expresión constitucionalmente protegida. El Tribunal Supremo de los EE.UU., en una decisión por la que rechazaba una solicitud de prerrogativa en el caso, planteó la cuestión de si la publicidad que mezcla tanto mensajes comerciales como no comerciales, tiene derecho a algún tipo de protección según la Primera Enmienda, pero esta cuestión nunca llegó a dirimirse definitivamente porque las partes del caso llegaron a un acuerdo fuera de los tribunales.¹⁷⁸

Los Estados también pueden tratar de alentar a las empresas a que ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos en relación con sus productos y servicios, ofreciéndoles la oportunidad de participar en un sistema de etiquetado o de certificación respaldado por el gobierno. Hasta la fecha, estos programas no están muy extendidos, y no han conseguido que se adhieran empresas de gran tamaño, pero proporcionan una pista de reflexión para los Estados, junto con otros tipos de reglamentación.

Por ejemplo, la UE ha adoptado diversos reglamentos sobre la etiqueta ecológica europea y la participación voluntaria en auditorías medioambientales.¹⁷⁹ El Sistema Comunitario de Gestión y Auditorías Medioambientales (EMAS) es una herramienta de gestión para que las empresas y otras organizaciones puedan evaluar, informar y mejorar su comportamiento medioambiental. Fue concebido como un instrumento de carácter voluntario, que reconoce a las organizaciones que se esfuerzan por mejorar su comportamiento medioambiental de forma continua y las anima a registrarse dentro de este esquema para que puedan “salir ganando en términos de control reglamentario, ahorro de costes e imagen pública, siempre que puedan demostrar una mejora de su comportamiento medioambiental.”¹⁸⁰ En 1993, el sistema inicial solamente estaba destinado a

las empresas del sector industrial.¹⁸¹ Mucho más adelante, en 2001, se amplió a todos los sectores,¹⁸² y ahora la participación se ha extendido a todas las organizaciones, públicas y privadas, dentro y fuera de la Comunidad, cuyas actividades tengan un impacto medioambiental. Toda organización que desee participar en el sistema EMAS deberá (i) efectuar un análisis medioambiental de todas las actividades, productos y servicios de la organización;(ii) aplicar un sistema de gestión medioambiental con el fin de alcanzar los objetivos de política medioambiental establecidos por la organización;(iii) efectuar regularmente una auditoría medioambiental e (iv) informar sobre su impacto medioambiental a través de la publicación de una declaración medioambiental verificada por un organismo independiente.¹⁸³

Se suspenderá o cancelará la inscripción en el registro de toda aquella organización que no cumpla con las disposiciones mencionadas en el Reglamento o con cualquier otro requisito legal relativo al medio ambiente.¹⁸⁴ El registro EMAS es válido durante tres años, después este período, debe renovarse la inscripción tras la verificación del sistema íntegro de gestión medioambiental y el programa de auditorías medioambientales, y su aplicación. Cabe destacar que los órganos competentes que los Estados miembros de la UE deben establecer, y que deberán verificar independiente e imparcialmente si una organización solicitante puede inscribirse en el registro, podrán establecer las condiciones relativas al tratamiento de las observaciones recibidas por las partes interesadas antes de decidir sobre la solicitud, lo que abre la posibilidad de un escrutinio público del comportamiento de la organización solicitante.¹⁸⁵ El Reglamento EMAS estipula que cada Estado Miembro deberá establecer un sistema de acreditación para los verificadores medioambientales y para la supervisión de sus actividades, de manera que se garantice que son independientes y desempeñan sus tareas de forma imparcial.¹⁸⁶

En 2002, Bélgica adoptó una ley centrada en la producción socialmente responsable.¹⁸⁷ La ley establece que una empresa podrá estar autorizada a colocar la etiqueta social en un servicio o bien que comercialice en el mercado belga, certificando así que en todas las etapas del proceso productivo se respeten los ocho convenios fundamentales de la OT (en relación con la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical, el derecho a la organización y negociación colectiva, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y remuneración, la edad mínima de empleo y la prohibición de las formas más inhumanas de trabajo de los niños).

El Ministerio belga de Economía otorga a una empresa el uso de la etiqueta de 'producción socialmente responsable' sobre la base de un dictamen vinculante emitido por un comité de 16 miembros compuesto por una variedad de grupos de interés¹⁸⁸. Toda empresa que solicite el uso de la etiqueta para cualquier producto que se proponga comercializar deberá garantizar el cumplimiento de las normas laborales fundamentales de la OIT en toda su cadena de producción. No sólo debe proporcionar tales garantías en su solicitud inicial, sino que también debe estar de acuerdo en someterse a procedimientos de auditoría externa efectuados anualmente, para permitir la verificación periódica de la situación de la empresa a la que se ha concedido la etiqueta¹⁸⁹. Además, toda empresa participante deberá establecer un mecanismo de reclamación, que permita

que cualquier persona interesada pueda presentar alegaciones contra una empresa que no esté cumpliendo plenamente con los convenios pertinentes de la OIT en su cadena de producción. Esto podrá llevar a verificaciones *ad hoc* de tales afirmaciones. El mal uso de la etiqueta puede dar lugar a sanciones impuestas a la empresa en cuestión, en forma de multas o incluso penas de cárcel para sus ejecutivos.

Ambos sistemas de etiquetado se basan en un sistema de certificación establecido a partir de criterios objetivos, verificados a través de una evaluación independiente, con el fin de alentar a las organizaciones a solicitar dicha certificación y que el público tenga plena confianza en el logotipo a través del cual la certificación se hace visible. Hay que añadir, sin embargo, que este tipo de incentivos para establecer sólidos mecanismos de diligencia debida, contando con la obtención del derecho de uso de una etiqueta de certificación, dependen del cumplimiento de dos condiciones: el público debe conocer bien la etiqueta, para que la adquisición de la etiqueta valga la pena desde el punto de vista de la estrategia de marketing; y el mercado en cuestión debe ser lo suficientemente grande como para que la empresa invierta en la adquisición de la etiqueta y la mejora de sus prácticas para poder cumplir con los requisitos que la etiqueta impone. Ninguna de estas dos condiciones se da en el marco de la ley belga de 2002 sobre la producción socialmente responsable, lo que podría explicar su baja tasa de éxito, si tenemos en cuenta el número de empresas que han participado hasta ahora en ese sistema.

8. Requisitos de Notificación, Transparencia y Divulgación de la Diligencia Debida

Los Estados exigen cada vez más a las empresas que publiquen o divulguen sus políticas y prácticas con respecto a determinadas cuestiones. Los Estados crean requisitos de transparencia como medio para (a) proporcionar información a los reguladores y otras partes interesadas sobre importantes actividades empresariales que pueden tener un impacto en la sociedad o en una comunidad específica, y (b) facilitar que las empresas puedan dar a conocer lo que hacen, si hacen algo, en relación con algún tipo de riesgo en especial. Estos requisitos de notificación, transparencia y divulgación podrían ampliarse para garantizar que las empresas informen públicamente sobre los riesgos para los derechos humanos que provocan sus actividades y las de todos los eslabones de la cadena de suministro. Si bien las empresas generalmente prefieren evitar evaluar estos riesgos, (pues así se evitan tener que tomar acciones correctivas o atenuantes y se ahorran los costes potenciales de reputación que implicaría tener que reconocer las situaciones de riesgo en las que operan), los grandes inversores institucionales están exigiendo cada vez más esta información de las empresas en las que tienen la intención de invertir. Sin embargo, la presión del sector de la inversión socialmente responsable puede no ser suficiente para canalizar las prácticas existentes de información y divulgación y dirigir las de tal manera que las empresas tengan que informar sobre los riesgos de sus actividades sobre los derechos humanos, animándolas a actuar con la diligencia debida con el fin de evitar que dichos riesgos se materialicen. A continuación examinaremos la forma en que el Estado puede tomar medidas para fomentar estas prácticas.

Algunas jurisdicciones han logrado importantes avances en la imposición de obligaciones a las empresas relativas a la divulgación de la información. En Francia, el Art. L225-102-1 del Código de Comercio establece que el informe de gestión anual de la empresa debe incluir “información sobre cómo la empresa tiene en cuenta las consecuencias sociales y medioambientales de su actividad y de sus compromisos sociales en el desarrollo sostenible, la lucha contra la discriminación y la promoción de la diversidad”. Esta obligación es de aplicación para las empresas, ya coticen o no en el mercado bursátil, que superen ciertos umbrales de activos totales (100 millones de euros en activos o en facturación), flujo de caja o número de empleados (más de 500 empleados), según lo estipulado por el Conseil d'Etat¹⁹⁰. Todas las filiales y otras subsidiarias que estén bajo el control de una empresa deberán incluirse en la fórmula de cálculo en aquellos casos en los que una empresa elabore sus cuentas y estados financieros de forma consolidada. Una tercera parte independiente debe verificar la información social y medioambiental relativa al cumplimiento de las obligaciones legales.

En Argentina, la Ciudad de Buenos Aires adoptó la Ley n° 2594 con el objetivo de promocionar comportamientos social y ambientalmente responsables. Se encuentran comprendidas dentro del alcance de esta ley todas las empresas, nacionales o extranjeras, con una plantilla de más de 300 trabajadores, que tengan domicilio legal en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y lleven desarrollando su actividad principal en la ciudad durante al menos un año. Dichas empresas deberán presentar un informe anual sobre su impacto social, medioambiental y económico.¹⁹¹ Aquellas empresas que no presenten el citado informe podrán ser consideradas responsables penalmente.¹⁹² Las empresas que presenten voluntariamente este Balance anual podrán obtener beneficios promocionales relacionados con acceso a créditos y programas especiales.¹⁹³

El hecho de que las empresas estén obligadas por ley a divulgar sus políticas y procedimientos, hará que estas no se limiten a redactar informes sino que se esfuercen en todo lo posible por garantizar el cumplimiento de las normas establecidas. Si una empresa teme la reacción negativa de los consumidores, por ejemplo, puede que decida modificar los mecanismos que utiliza para evaluar su conformidad y abordar así temas que quizás previamente no hayan sido objeto de ninguna medida o de medidas muy limitadas. La transparencia también permite a las partes interesadas (consumidores, accionistas y organizaciones de la sociedad civil, entre otras) tener acceso a la información sobre las actividades de las empresas, e insistir para que introduzcan cambios en sus políticas.

Los Estados han comenzado a exigir a las empresas, especialmente a los grandes grupos empresariales que cotizan en bolsa, que comuniquen si tienen políticas y actividades centradas en la responsabilidad social (RSE). Estas normas incluyen generalmente conceptos diferentes de empresas y derechos humanos, y pueden o no incluir las políticas y las actividades de la empresa relacionadas con estos derechos. Además, los Estados han comenzado a promulgar la legislación que obligue a las empresas a informar acerca de sus actividades de diligencia debida con respecto a

determinadas cuestiones de derechos humanos, sobre todo en lo relativo a la prevención de la trata de personas y la extracción de minerales en zonas de conflicto. Paralelamente a las medidas de transparencia exigidas por el Estado, los mercados de valores y otros órganos de gobierno corporativo están desarrollando nuevos tipos de procedimientos de información para las empresas, en áreas relacionadas con el comportamiento ambiental y social.

En virtud del artículo 99 de la Ley danesa sobre los Estados Financieros¹⁹⁴, las empresas danesas que superan un cierto tamaño, y algunos inversores institucionales, fondos de inversión y otras empresas financieras que cotizan en bolsa están obligadas a publicar un informe anual de RSE en el que indiquen si tienen o no una política de RSE, y, si la tienen, deben incluir al menos un resumen de la misma. Las empresas tienen que informar sobre sus actividades de RSE o declarar abiertamente que no disponen de una política específica. El informe debe publicarse en el apartado dedicado a la dirección dentro de la memoria anual de la empresa, como complemento de su informe anual, o en su página web. Este informe obligatorio sobre la RSE debe permanecer accesible durante al menos cinco años. El documento debe incluir la evaluación por parte de la empresa de los progresos realizados en el último año en relación con los objetivos de RSE establecidos (expresados en términos cualitativos). Si todavía no se ha alcanzado ningún resultado concreto, el informe debe reflejar esta información. Si una empresa tiene grandes expectativas sobre los futuros logros que se conseguirán como resultado de la aplicación de sus políticas de responsabilidad social, esta información también debe aparecer en el citado informe.

Desde 2012, cualquier empresa que elabore informes sobre su política de RSE debe incluir disposiciones relativas tanto a los derechos humanos como al cambio climático. Para todo lo demás, no se especifica en mayor medida el contenido de las políticas de RSE, a pesar de que las leyes sobre títulos de valores (que exige que se incluyan todas las cuestiones de importancia en los informes de las empresas cubiertas por ellas) definen la RSE como la consideración voluntaria que la empresa presta en su estrategia y sus actividades comerciales a, entre otros, los derechos humanos, las condiciones sociales, ambientales y climáticas, así como a la lucha contra la corrupción.

A efectos de las leyes danesas, una empresa que se haya adherido al Pacto Mundial de las Naciones Unidas sobre los Principios de Inversión Responsable (PRI) podrá optar por informar sobre sus actividades de RSE a través de la Comunicación de los Progresos (CoP), que de todas formas deberá elaborar en el marco de estos instrumentos. Una empresa subsidiaria podrá quedar exenta de la disposición relativa a la redacción de informes siempre que (1) la empresa matriz elabore un informe de RSE en el que se incluya información sobre las empresas subsidiarias, o (2) la empresa matriz ya tenga que preparar un informe con arreglo a los instrumentos internacionales con los que se ha comprometido.

Los informes daneses sobre RSE cubiertos por la ley de información sobre las actividades de RSE están sujetos a auditorías, que sin embargo se limitan a comprobar la coherencia entre el informe presentado por la dirección de la empresa y otras partes del informe sometidas a requisitos de

auditoría. No se efectúa pues ninguna verificación de la coherencia entre las políticas de RSE y las prácticas reales o los comportamientos reales de RSE. Independientemente de dónde se publique el informe de la empresa, la declaración de los auditores sobre los informes obligatorios deberá incluir el informe sobre RSE, y estos informes están sujetos a las mismas normas de exactitud y exhaustividad que el resto de la información remitida en cumplimiento de las leyes. El incumplimiento por parte de la dirección de sus obligaciones de información podrá ser sancionada con una multa. Así mismo, el incumplimiento por parte de un auditor o censor de sus obligaciones en la verificación de los informes también podrá ser sancionado con una multa.

Las leyes federales de Canadá sobre títulos de valores¹⁹⁵, junto con la orientación adoptada conjuntamente por todas las agencias provinciales de títulos de valores¹⁹⁶ y las políticas elaboradas por el Instituto Canadiense de Contables Colegiados (CICA)¹⁹⁷, exigen a las empresas que presenten informes periódicos que identifiquen, entre otras cosas, los principales factores de riesgo (“por orden de gravedad”) que podrían afectar negativamente a los resultados financieros de la empresa. Las empresas pueden ser declaradas responsables penal y civilmente si sus informes contienen información falsa o engañosa.

Entre los factores de riesgo mencionados específicamente en las leyes sobre títulos de valores o en las normas de contabilidad, destacan las “cuestiones políticas o ambientales”, que deben abordarse o bien en el “debate sobre la gestión y análisis” (management discussion and analysis, MD&A), que analiza los estados financieros intermedios y anuales; o bien en el formulario de información anual (annual information form, AIF)¹⁹⁸. El impacto potencial de estos riesgos debe hacerse público, así como los sistemas de gestión de la empresa para hacer frente a tales riesgos. Existen normas especiales para los proyectos mineros que requieren la inclusión de “un debate general sobre el grado en que la estimación de recursos minerales y reservas minerales pueda verse materialmente afectada por cualquier cuestión o situación conocida de antemano, ya sea de índole medioambiental, legal, socio-económica, política o de cualquier otra naturaleza relevante. . .”¹⁹⁹

Una empresa debe hacer públicas sus políticas de responsabilidad social, que, desde el punto de vista del CICA, deberían integrarse en los estados financieros en capítulos claramente definidos, y abordar: “las políticas relativas a la relación de la empresa con el medio ambiente y con las comunidades en las que opera, o las políticas de derechos humanos. . . y los pasos que la empresa ha adoptado para poner todas estas políticas en práctica.”²⁰⁰

La Ley Española de Economía Sostenible de 2011 estipula que las sociedades mercantiles patrocinadas por el Gobierno y las empresas propiedades del Estado “que dependan del Gobierno central”, deberán adoptar planes estratégicos para la redacción anual de memorias de sostenibilidad y de gobierno corporativo de acuerdo con las normas generalmente aceptadas, y, en todo caso, deberá constar si ha sido verificado o no por terceras partes. En el caso de sociedades anónimas de más de 1.000 asalariados, este informe anual de Responsabilidad Social Empresarial será objeto de comunicación al Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial. La ley

sugiere que el gobierno facilitará la adopción de un conjunto de indicadores para la autoevaluación de acuerdo con las normas internacionales sobre responsabilidad social.²⁰¹

La legislación de Malasia también exige que todas las sociedades que coticen en bolsa publiquen la información relativa a la responsabilidad social en sus informes anuales²⁰². En 2006, el entonces Primer Ministro, Abdullah Ahmad Badawi, reconociendo que la divulgación voluntaria de la RSE estaba teniendo poco impacto, anunció que a partir de 2008, el gobierno exigiría que todas las empresas que coticen en bolsa en Malasia que informasen públicamente de sus actividades sobre RSE. Como muestra de apoyo a esta política, Bursa Malasia y el Mercado de Valores de Malasia cambiaron sus normas de inscripción para hacer obligatoria esta información sobre RSE.²⁰³

Algunos gobiernos se centran en la presentación de informes en determinados sectores. Australia, por ejemplo, ha introducido requisitos éticos de divulgación dentro de la Ley de Reforma de los Servicios Financieros (FSRA por sus siglas en inglés)²⁰⁴. Los emisores de productos financieros deben hacer público en qué grado “las normas laborales o medioambientales, las consideraciones sociales o éticas se están teniendo en cuenta en la selección, renovación o realización de una inversión.” Los emisores de productos están obligados a hacer dos “declaraciones de información sobre productos” (Product Disclosure Statements, PDS). La primera declaración se refiere al respeto de las normas laborales, y la otra sobre las consideraciones medioambientales, sociales y éticas.

Por último, los Estados también pueden requerir a las empresas que hagan públicas las medidas que están tomando con respecto a la diligencia debida para prevenir y detectar vulneraciones de los derechos humanos en sus cadenas de suministro a escala mundial. La Ley de California sobre la transparencia en la cadena de suministro estipula que cualquier empresa de venta al por menor que opere en California y que cuente con una facturación mundial de más de 100 millones de dólares (al parecer unas 3200 empresas) deberá publicar de forma “visible” en su página web²⁰⁵ cómo la empresa lleva a cabo los procesos de diligencia debida en sus cadenas de suministro para evitar, en especial, la trata de personas. En realidad, no se obliga a las empresas a tomar acciones específicas para prevenir la trata de personas, simplemente deben informar si toman o no medidas al respecto. Según la ley, se trata meramente de una declaración de divulgación que pide simplemente que las empresas hagan públicas las acciones que desarrollan, y publiquen esta declaración en su página web con un enlace visible a la pertinente información. La Ley establece que “el único recurso posible en caso de incumplimiento de esta disposición será la adopción por parte del Fiscal General de medidas cautelares.”²⁰⁶

El artículo 1502 de la Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección del Consumidor de 2010²⁰⁷ obliga a las empresas de títulos de valores registradas en la Comisión del Mercado de Valores de Estados Unidos (SEC por sus siglas en inglés) a informar sobre sus actividades de diligencia debida en relación con los minerales extraídos en zonas de conflicto²⁰⁸, procedentes de la República Democrática del Congo u otros países colindantes (los “Países Cubiertos”).²⁰⁹ El 12

de septiembre de 2012, la SEC promulgó un conjunto de normas de aplicación de conformidad con la citada Ley Dodd-Frank.²¹⁰

En el preámbulo a las normas de aplicación, la SEC afirma que, “el Congreso pretende promover el objetivo humanitario de poner fin al conflicto extremadamente violento en la República Democrática del Congo, financiado parcialmente por la explotación y el comercio de minerales de guerra originarios de este país. El mismo preámbulo explica que “para lograr el objetivo final de ayudar a erradicar las violaciones de los derechos humanos en la RDC causadas por el conflicto, el Congreso ha optado por utilizar los requisitos de divulgación de la información establecidos por las leyes que regulan los valores bursátiles para lograr una mayor conciencia pública acerca del origen real de los minerales de guerra con los que comercian las empresas y promover el ejercicio de la diligencia debida en las cadenas de suministro de este tipo de minerales extraídos ilegalmente.”²¹¹

Si los minerales de guerra de una empresa proceden de uno de los Países Cubiertos, dicha empresa deberá presentar un informe a la SEC²¹², en el que se incluya una descripción de las medidas que tomó para ejercer la diligencia debida en relación con el origen de los minerales de guerra y la ‘cadena de custodia’²¹³. Estas medidas deben incluir una auditoría independiente, por parte de una entidad privada, del informe elaborado por la empresa de conformidad con las normas establecidas por el *Comptroller General of the United States* (Interventor General de los Estados Unidos)²¹⁴. El informe debe incluir una descripción de los productos fabricados, o contratados para ser fabricados, que procedan precisamente de las zonas de conflicto de la RDC, las instalaciones utilizadas para procesar los minerales de guerra, el país de origen de los minerales de guerra, y los esfuerzos para determinar la mina o ubicación de origen.

Una empresa que encuentre minerales de guerra en su cadena de suministro procedentes de alguno de los Países Cubiertos deberá determinar y dar a conocer si esos minerales financiaron o beneficiaron, directa o indirectamente, a grupos armados en dichos Países. Los productos serán considerados “ajenos al conflicto en la RDC” cuando no contengan minerales extraídos ilegalmente que “directa o indirectamente, hayan financiado o beneficiado a los grupos armados” en los Países Cubiertos. El término “grupo armado” se define como “un grupo armado que haya sido identificado como autor de graves violaciones de los derechos humanos en los Informes Anuales por Países sobre la situación de los Derechos Humanos elaborados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de acuerdo con los artículos 11 (d) y 502B (b) de la Ley de Ayuda Exterior de 1961. “Si una empresa no está en condiciones de determinar, después de realizar la diligencia debida, si sus productos son ‘ajenos al conflicto de la RDC’, deberá informar que se trata de productos “indeterminables desde el punto de vista del conflicto de la RDC”. Las empresas que comercien con productos “indeterminables desde el punto de vista del conflicto de la RDC” deberán enviar un informe sobre minerales de guerra en el que describan, entre otras cosas, las medidas adoptadas en el ejercicio de la diligencia debida para determinar el origen y la cadena de custodia de los citados minerales de guerra.

III. El Alcance de la Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos

Los procesos de diligencia debida a escala nacional o internacional exigen a las empresas el ejercicio de aquella diligencia en toda la organización, dentro y fuera de sus fronteras nacionales. Un análisis de los textos legales nacionales e internacionales basados en la diligencia debida sugiere que diferentes sistemas legales se sirvan de dicha diligencia para superar los obstáculos a la aplicación de una reglamentación efectiva que plantean las complejas estructuras o las actividades transnacionales de las empresas. En este capítulo se describe el alcance de la diligencia debida en materia de derechos humanos que los Estados deben exigir a las empresas.

Las actividades empresariales modernas superan sin problemas las fronteras territoriales y organizativas. Las empresas operan a través de redes de proveedores, subcontratistas, concesionarios y distribuidores, a menudo situados en distintos Estados. Cualquier ‘grupo de empresas’ incluye, por lo general, una serie de entidades jurídicas separadas, sobre las que la empresa matriz, que es propietaria de parte o la totalidad de las acciones, ejerce un grado variable de control. Estas entidades pueden quedar incluidas u operar en diferentes jurisdicciones. Como resultado, muchos de los productos y servicios disponibles en la actualidad pueden considerarse como el fruto de la colaboración entre varias entidades empresariales, vinculadas por contratos o inversiones, que muchas veces escapan a la jurisdicción de un único Estado.

Con el tiempo, los regímenes jurídicos que rigen las actividades de diligencia debida han adaptado su alcance a las actividades y relaciones creadas por esta integración de las empresas. En los sistemas jurídicos nacionales, y en virtud del derecho internacional, la responsabilidad de las empresas de ejercer la diligencia debida no termina en el límite legal de la empresa individual. El motivo por el que se define el alcance de las disposiciones de diligencia debida de esta manera es el de protegerse contra situaciones en las que el respeto a las normas legales, tales como la protección del medio ambiente, los derechos laborales y la lucha contra la corrupción, pueda quedar socavado por el uso creativo de las relaciones comerciales, las diversas formas que adopten las entidades empresariales y la organización o la estructura de los grupos de empresas.

Este enfoque también se refleja en los instrumentos internacionales desarrollados en relación con las empresas y los derechos humanos. El Principio Rector 2 establece que “los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades,”²¹⁵ lo que excluye una lectura restrictiva de las responsabilidades de las empresas de respetar los derechos humanos que se limitasen a la entidad jurídica individual o a las operaciones desarrolladas únicamente en el territorio del Estado de constitución. El Principio Rector 13 presta atención tanto a las “actividades propias” de las empresas como a los impactos en consecuencia de actividades “directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales,

incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.” El Comentario del Principio Rector 13 declara que:

Las empresas pueden estar implicadas en las consecuencias negativas sobre los derechos humanos a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales con otras partes... Desde la perspectiva de estos Principios Rectores, las “actividades” de una empresa incluyen tanto sus acciones como sus omisiones; y sus “relaciones comerciales” abarcan las relaciones con socios comerciales, entidades de su cadena de valor y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos o servicios

Según el Principio Rector 14, la responsabilidad se aplica a todas las empresas independientemente de su ‘estructura’, lo que, según la interpretación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, significa que: “la estructura corporativa no supone diferencia alguna en cuanto a si las entidades del grupo han de respetar los derechos humanos. Simplemente afecta a cómo actúan para velar por que esos derechos se respeten en la práctica, por ejemplo a través de sus acuerdos contractuales o sus sistemas internos de gestión o estructuras de gobernanza o rendición de cuentas. Si se producen violaciones de los derechos humanos, corresponderá a los tribunales de su jurisdicción determinar sobre quién recae la responsabilidad.”²¹⁶

De forma similar, las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (revisión de 2011) estipulan que las empresas domiciliadas en cualquiera de los países de la OCDE deberían utilizar sus ‘relaciones de negocios’ para “esforzarse por prevenir y atenuar las incidencias negativas sobre los derechos humanos directamente vinculadas con sus actividades, bienes o servicios en razón de una relación de negocios con otra entidad, incluso si no contribuyen a generar dichas incidencias.”²¹⁷ Tanto los Principios Rectores como las Directrices de la OCDE reconocen que muchas empresas operan como parte de grandes redes de agentes, proveedores, subcontratistas y clientes y que, en consecuencia, puede resultar difícil para estas empresas realizar un seguimiento sistemático de las actividades de todos sus socios de negocios. Ambos textos responden a esto de maneras similares a las desarrolladas a nivel nacional para garantizar que las empresas actúen con la diligencia debida: a través del uso de su poder y su influencia.²¹⁸ Ni los Principios Rectores, ni las Directrices de la OCDE restringen la diligencia debida a los límites de las entidades jurídicas ni a los límites del Estado en el que operan.

A escala nacional, existen numerosos ejemplos de reglamentaciones estatales que crean obligaciones de diligencia debida que se extienden más allá de una empresa individual y que alcanzan también a los diferentes actores que tienen relaciones importantes con dicha empresa. La mayoría de los sistemas jurídicos atribuyen a la empresa no solo la responsabilidad de los actos de sus directivos y empleados, sino también de los actos de los agentes, socios o contratistas que actúan en su nombre. Sobre esta base, los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países han

desarrollado procesos de diligencia debida como una manera de que la empresa pueda defenderse frente a la responsabilidad por los actos de sus agentes. Estos procesos de diligencia debida por regla general, no se limitan por ende al alcance inmediato de la empresa sino que incluyen además a grupos empresariales, redes de empresas, filiales, agentes y subcontratas.

Por ejemplo, muchos sistemas jurídicos imponen obligaciones legales sobre las empresas para que dispongan de planes de gestión de riesgos que eviten todo tipo de daños a los trabajadores. Los Estados suelen requerir la aplicación de procesos de diligencia debida para detectar y proteger contra tales riesgos. En la misma línea, el Código Alemán de los Trabajadores (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, AEntG) establece que una empresa será responsable de cualquier incumplimiento de las obligaciones importantes derivadas del contrato de trabajo firmado entre las empresas subcontratadas y sus trabajadores. El objetivo de esta disposición es alentar a las empresas a adoptar mejores mecanismos de control de la cadena de subcontratación y evitar el dumping salarial.²¹⁹

En Canadá, el artículo 217.1 del Código Penal establece la obligación legal de una empresa de ejercer la diligencia debida para proteger a los empleados y al público en general contra cualquier riesgo de daño físico, y tomar las medidas necesarias para garantizar su seguridad. En caso de accidente grave o mortal, una empresa puede ser declarada responsable desde el punto de vista penal si los “altos directivos” no han cumplido adecuadamente con su obligación de prevenir cualquier tipo de violación o infracción cometida por uno de sus “representantes” (o si, con la intención, al menos parcial, de beneficiar a la organización, mandan a uno de sus “representantes” a cometer una violación). El Código identifica como “representante” a cualquier “administrador, socio, empleado, miembro”, además de todo “agente o contratista de la organización”. Esta definición amplía la responsabilidad de la empresa más allá de sus propios límites legales para incluir a aquellos con los que trabaja en un momento determinado. Este enfoque refleja la creciente complejidad de las organizaciones empresariales en donde las diferentes prácticas de contratación y colaboración pueden nublar el establecimiento de la responsabilidad real sobre la salud y la seguridad. La ley que rige la aplicación del Código Penal describe un “proceso de diligencia debida”, sorprendentemente similar al descrito en los Principios Rectores, así como en otras definiciones nacionales de diligencia debida.²²⁰

El efecto de los ejemplos alemanes y canadienses busca exigir que la diligencia debida no se limite a una ‘empresa’, en su sentido más estricto definido por la ley, sino más bien que la diligencia debida llegue a todos aquellos actores implicados en la cadena de valor de la empresa que puedan tener un impacto en la capacidad de la empresa de respetar la ley. En efecto, estas reglamentaciones tienden a alinear el alcance de los requisitos de diligencia debida impuestos a una empresa de forma que incluyan el ámbito de sus relaciones comerciales.

El enfoque relativo a la ampliación del alcance de la diligencia debida más allá del límite legal de la empresa individual para que se incluyan así sus relaciones comerciales también reconoce que las relaciones comerciales traspasan las fronteras nacionales. Parte del motivo por el cual se pretende

ampliar el alcance de las disposiciones de diligencia debida para incluir las relaciones comerciales, es dar respuesta a los problemas planteados por la realidad de la globalización de las actividades comerciales, lo que convierte la supervisión reglamentaria por parte de cualquier autoridad legislativa en una tarea difícil y compleja. El enfoque adoptado por los regímenes nacionales de diligencia debida, y más recientemente por los estándares internacionales esbozados en los Principios Rectores y las Directrices de la OCDE, reconoce que la responsabilidad de las empresas se extiende a todas sus relaciones comerciales y, por ende, amplía el alcance de la diligencia debida a todas las operaciones de la empresa realizadas en el mundo entero, sin, por tanto, limitar la diligencia debida a las fronteras de la jurisdicción donde se elaboró la norma.

En efecto, precisamente debido a que los procesos de diligencia debida en todas las operaciones de la empresa superan varias jurisdicciones, los Estados pueden exigir la adopción de medidas de dicha diligencia, a sabiendas de que puede que estas medidas influyan en la conducta de las empresas fuera del territorio nacional. Este enfoque está reconocido en el derecho internacional²²¹, que impone a los Estados el deber de impedir que su territorio nacional pueda ser utilizado para causar daños en el territorio de otro Estado. Esta obligación, aunque en un principio se aplicaba en el contexto de la contaminación transfronteriza²²², no se limita únicamente a estos casos sino que va más allá del derecho internacional medioambiental²²³: El deber del Estado se extiende a la reglamentación de las actividades de las personas individuales en su territorio, que “es no menos aplicable cuando el daño se cause a las personas o a otros intereses legales en el territorio de otro Estado.”²²⁴

En China, por ejemplo, el Ministerio de Comercio (MOFCOM) y otros organismos gubernamentales publican desde el año 2010 una serie de normas y directrices para las empresas chinas que operan en el extranjero y para las empresas de trabajo temporal que envían a trabajadores chinos a trabajar en empresas no nacionales que operan en el extranjero²²⁵. Las normas que entraron en vigor el 1 de agosto de 2012, exigen que las empresas de trabajo temporal dispongan de “un sólido sistema de gestión interna y un protocolo en caso de emergencias”, para “hacer un seguimiento y las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores en el extranjero”, para proporcionar un seguro en caso de accidente en el extranjero si la empresa contratante no lo incluye, e intervenir ante los empresarios extranjeros “para resolver las dificultades y problemas que sufren los trabajadores debido a sus condiciones de trabajo y de vida”²²⁶.

En febrero de 2012, el Ministerio de Comercio publicó sus Directrices sobre la Gestión de la Seguridad de las Empresas e Instituciones de Capital Chino establecidas en el Extranjero y Su Personal, que complementan el Reglamento sobre la Gestión de la Seguridad de las Empresas e Instituciones de Capital Chino establecidas en el Extranjero y Su Personal (adoptado por siete ministerios, incluyendo el Ministerio de Comercio, en agosto de 2010). Estas directrices explican cómo las empresas deben llevar a cabo las evaluaciones de riesgos, incluyendo ciertos requisitos relativos al respeto y defensa de los derechos humanos, así como los planes de contingencia para la seguridad del personal. Las Directrices sobre la Gestión de la Seguridad incluyen el

asesoramiento en el proceso de investigación y la diligencia debida con respecto a los proyectos de inversión extranjera, prestando una atención especial al entorno de la inversión (estabilidad política y social) y a la protección del medio ambiente²²⁷.

Las leyes nacionales que prohíben el soborno de los funcionarios públicos exigen a las empresas que lleven a cabo la diligencia debida respecto a sus subcontratistas, socios y cualquier otra persona con la que trabajen, independientemente de si son entidades jurídicas independientes o si están domiciliadas en jurisdicciones en el extranjero. Por ejemplo, de conformidad con la Ley contra el Soborno del Reino Unido (2010), se considera delito penal que una persona “asociada” con una empresa comercial soborne a un funcionario extranjero con el fin de obtener negocios o ventajas comerciales²²⁸. Según dicha Ley, un “asociado” se define como “cualquier persona que preste servicios por cuenta o en representación de (una empresa)”. Esta función debe ser determinada "teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes y no únicamente la naturaleza de la relación. "La Ley establece explícitamente que “no importa” que la persona asociada actúe en calidad de "empleado directo, agente o empleado de una filial”²²⁹.

Según la citada Ley contra el Soborno del Reino Unido, una empresa podrá defenderse contra las acusaciones de soborno, si demuestra que disponía de "procedimientos adecuados" en vigor, incluyendo procesos de diligencia debida con respecto a los empleados, agentes y trabajadores de otras filiales, o cualquier otra persona que preste servicios en su nombre. La Ley se aplica a cualquier persona jurídica u organismo nacional británico, sin importar dónde se pagó el soborno o dónde se cometieron las acciones (u omisiones) de la empresa. La ley también se aplica a las entidades extranjeras que operan en Reino Unido.

La necesidad de una empresa de ampliar su diligencia debida más allá de la jurisdicción donde esté domiciliada puede provenir del ámbito de su responsabilidad legal por negligencia según el derecho civil y derecho delictual, en la jurisdicción donde esté domiciliada, por actos cometidos en el extranjero. En consecuencia, las personas perjudicadas por actos ilícitos civiles cometidos por agentes o socios de una empresa podrán interponer acciones legales contra esa empresa por su participación o falta de participación en la gestión del delito y por no ejercer el debido cuidado para evitar el daño.

En la UE, en virtud del Reglamento (CE) n° 44/2001 (el Reglamento “Bruselas I”)²³⁰, los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE son, en principio, competentes para conocer de los procesos civiles contra las personas, incluidas las empresas domiciliadas en la UE, por ciertos actos ilícitos civiles, incluso si el daño se produce o se origina fuera del territorio de los Estados miembros y los demandantes no están domiciliados en un Estado miembro de la UE²³¹.

La acción legal puede interponerse ya sea en el Estado donde se encuentra la sede central de la empresa o, cuando el hecho causante del agravio se haya originado en una rama de dicha empresa, en el Estado donde se encuentre esa rama. Por ejemplo, un tribunal holandés se basó en el Reglamento Bruselas I como base para establecer su jurisdicción sobre las acusaciones de

contaminación en Nigeria que fueron presentadas por un ciudadano nigeriano en contra de la empresa petrolera, Shell²³². Lo mismo sirvió para una sentencia del Tribunal de Londres sobre los cargos presentados contra una empresa británica por su implicación en el vertido de residuos tóxicos en Costa de Marfil²³³. Entre los agravios mencionados en el Reglamento, se incluyen las violaciones de las normas de derechos humanos o los crímenes internacionales²³⁴. También en Estados Unidos, Australia y Canadá se han dado casos similares, sin embargo, si bien en tales jurisdicciones de derecho consuetudinario, las demandas interpuestas deben pasar la prueba de *forum non conveniens* - no debe haber ninguna otra autoridad competente accesible a las víctimas que, a fin de cuentas, presente vínculos más estrechos con el caso que se presenta -, tal prueba no puede imponerse cuando la acción se basa en el Reglamento “Bruselas I”, que establece normas obligatorias sobre jurisdicción.

La Ley de 1990 *Americans with Disabilities Act* (Ciudadanos Americanos con algún tipo de Discapacidad) proporciona otro ejemplo sobre cómo el Estado del foro protege los derechos humanos en el extranjero, mediante la imposición de ciertos requisitos a las empresas domiciliadas en su jurisdicción. La ley prohíbe la discriminación contra las personas discapacitadas por parte de cualquier empleador, agencia de empleo, organización laboral o comité paritario de trabajadores y miembros de la dirección. Esta ley establece el alcance extraterritorial de la prohibición al establecer una presunción según la cual “si un empleador controla una empresa cuyo lugar de constitución es un país extranjero, cualquier práctica emprendida por tal empresa que constituya una discriminación en virtud de esta ley, se considerará como emprendida por dicho empleador”²³⁵.

Sin embargo, con el fin de permanecer dentro de los límites de la jurisdicción extraterritorial en virtud del principio de personalidad activa circunscrito en el derecho internacional (es decir, justificado por la nacionalidad de la entidad regulada), esta disposición no se aplica a “las operaciones en el extranjero de una empresa que sea una entidad extranjera no controlada por ninguna otra empresa estadounidense”²³⁶. Esto es equivalente a imponer a todas las empresas estadounidenses cubiertas por la Ley, la obligación de ejercer la diligencia debida para asegurarse de que todas las empresas que controlan en el extranjero respeten la prohibición de cualquier forma de discriminación por motivos de discapacidad.

El objetivo de estas disposiciones es evitar que las empresas eludan sus responsabilidades al externalizar sus actividades de riesgo a otros a través de sus relaciones comerciales. Estas leyes consideran la responsabilidad de tal manera que reconozca los límites formales de la entidad legal, pero no permite que la elección de una determinada forma de organización cree obstáculos en la reparación de los posibles daños o violaciones derivadas de las actividades comerciales de dicha entidad. El propósito del concepto de diligencia debida es el de exigir a una empresa identificar, prevenir y mitigar, además de ser responsable de los daños o delitos causados. Al actuar de esta manera a través de las relaciones comerciales de una empresa a nivel mundial, el alcance de la diligencia debida está diseñado para superar otros límites legales, como la realidad de entidades

legales separadas o jurisdicciones distintas. Su ámbito de aplicación viene por lo tanto determinado, en primer lugar, por la naturaleza del daño que se pretende evitar.

Elevar el Listón de la Protección de los Derechos Humanos: Determinar la Ley Aplicable

Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos estipulan en su Principio Rector 2 que: “Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.” Esto plantea la cuestión de qué ley se aplicará a los casos transnacionales, y si, en el ejercicio de su jurisdicción (extraterritorial), el Estado del foro, al permitir a sus tribunales dirimir ciertas denuncias relativas a situaciones que se hayan producido en el extranjero, aplicará sus propias leyes a la situación objeto de la reclamación o aplicará la legislación local en vigor.

En la UE, existen dos instrumentos distintos en los cuales se aborda la cuestión de la jurisdicción y la ley aplicables. Como ya se mencionó anteriormente, el Reglamento "Bruselas I" del año 2000 es un estatuto jurisdiccional en el que se amparan cada vez más víctimas de actividades de empresas domiciliadas en la Unión Europea, para que éstas asuman la responsabilidad civil de los daños causados por violaciones de los derechos humanos en terceros países. Sin embargo, el Reglamento "Bruselas I" no aborda directamente la cuestión de qué ley se aplica en cada caso de reclamación. En la UE, esa pregunta encuentra su respuesta, para las denuncias de responsabilidad civil extracontractual presentadas ante los tribunales nacionales, mediante el Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"). Este Reglamento, en principio, designa la *lex loci delicti*, o la aplicación de las normas vigentes en el Estado en que se produjo el daño a los efectos de las acciones civiles. Ese es el principio establecido por el Art. 4 (1) de este Reglamento.

Sin embargo, existen excepciones a esta regla. En primer lugar, la ley del Estado del foro se puede aplicar cuando la *lex loci delicti* no ofrezca suficiente protección de los derechos humanos a la persona que ha sufrido el daño. Esto incluiría, por ejemplo, un país en el que no se respetasen los derechos laborales reconocidos en los convenios fundamentales de la OIT. Los tribunales alemanes han reconocido, por ejemplo, que el derecho a la baja por maternidad o el derecho a la prestación por enfermedad son aplicables en cualquier circunstancia, como también lo son el derecho de afiliación o la prohibición de la discriminación.

En segundo lugar, “Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que dé lugar a la responsabilidad.” (Art. 17) Esta disposición es importante para la gestión de las cadenas de suministro mundiales, ya que implica que, cuando se produce un daño en un Estado B, como resultado de la conducta de una empresa domiciliada en el Estado del foro A, la definición de la conducta que pueda considerarse razonable se determinará de conformidad con la legislación de este último Estado. Por lo tanto, las empresas domiciliadas en un Estado miembro de la UE cuyas leyes prevén que el no actuar con la diligencia debida pueda comprometer su responsabilidad, podrían ser declaradas responsable sobre esa base, incluso si el daño se produce en un tercer Estado, y a pesar de que la ley aplicable a la reclamación por daños y perjuicios interpuesta ante los tribunales nacionales de la UE sería, en principio, la *lex loci delicti*.

IV. Procedimientos de Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos

La experiencia de los Estados en la reglamentación de la diligencia debida sugiere que, si bien no existe un único procedimiento de diligencia debida que satisfaga todos los desafíos legales, sí es posible describir los elementos básicos de los procedimientos de diligencia debida. Este capítulo describe los elementos básicos de los procesos de diligencia debida que se encontraron en los regímenes reglamentarios de los Estados y concluye que estos elementos son consistentes con la descripción de la diligencia debida en materia de derechos humanos descrita en los Principios Rectores.

En virtud de los Principios Rectores, la responsabilidad de las empresas de ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos incluye la responsabilidad de (i) identificar los impactos reales o potenciales, (ii) prevenir y mitigar los impactos previamente identificados, y (iii) dar debida cuenta de los impactos y las respuestas a ellos. Estos componentes son comunes a los regímenes de diligencia debida establecidos en diversos sistemas nacionales²³⁷. Estos regímenes presentan elementos comunes de procedimiento, haciendo efectivos cada uno de los citados componentes, de acuerdo con lo que a menudo se denomina como “medidas razonables” que podrían esperarse de una empresa responsable según diversos regímenes legales en diferentes países.

Este capítulo del Informe no detalla cada marco concebible de diligencia debida a disposición de los responsables políticos. Sin embargo, sí tratará de resumir los principales elementos comunes a una variedad de regímenes de diligencia debida. Los Estados deberían integrar estos elementos claves en el diseño de sus propias medidas reglamentarias dirigidas a exigir el ejercicio de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas.

1. La Responsabilidad de Identificar Impactos Reales o Potenciales

Los Estados deben garantizar que las empresas recaben información sobre los impactos reales o potenciales de sus actividades. Los regímenes existentes de diligencia debida en diferentes jurisdicciones nacionales requieren que las empresas investiguen las violaciones reales o potenciales de las normas descritas en la ley causadas por sus actividades y relaciones. La diligencia debida en materia de derechos humanos exige que las empresas busquen activamente información sobre los impactos negativos sobre los derechos humanos de sus actividades, así como sobre el riesgo de los impactos negativos sobre los derechos humanos que puedan surgir en el futuro. La identificación de tales impactos por parte de las empresas, genera automáticamente la responsabilidad de prevenir y mitigar las infracciones potenciales o existentes, y remediar cualquier infracción que haya ocurrido previamente. La búsqueda activa de información requiere un proceso continuo y permanente de recopilación, seguimiento y análisis de datos; y lo ideal es que se realice antes del inicio de una actividad y a intervalos regulares durante el ciclo de la actividad en curso.

Los regímenes actuales de diligencia debida se fundamentan en la idea de que el tamaño y la naturaleza de una actividad comercial particular, en combinación con las características de un contexto operativo específico, influyan significativamente en el tipo de daños o violaciones que puedan surgir. La interacción de la actividad empresarial con un contexto determinado de derechos humanos podría provocar violaciones potenciales o reales de los derechos humanos y esto ayuda a definir la manera de abordar la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de una empresa.

Las normas de diligencia debida obligan a las empresas a adoptar un enfoque sistemático con respecto a la investigación. En la práctica, los regímenes de diligencia debida requieren que las empresas deleguen la responsabilidad de investigación dentro de su organización en determinadas personas o unidades, asignando recursos para las tareas de localización e investigación, y garantizando que las personas encargadas de la investigación tengan acceso a los niveles de la organización donde se toman las decisiones. Además, se exige normalmente a las empresas que investiguen activamente, lo que incluye la notificación y la comunicación con las partes interesadas con el fin de identificar los riesgos para los derechos humanos. Los mecanismos de elaboración de informes, los de reclamación y las garantías de protección de los delatores internos son parte integrante de una cultura organizacional que aplica un enfoque proactivo y sistemático en relación con la búsqueda de la información, y proporciona los datos necesarios dentro y fuera de la empresa.

2. La Responsabilidad de Prevenir y Mitigar

Los Estados deben garantizar que las empresas adopten las medidas adecuadas para prevenir los posibles impactos negativos. Todos los regímenes existentes de diligencia debida en diferentes jurisdicciones nacionales exigen a las empresas que eviten los posibles impactos negativos de sus actividades y relaciones. Estas normas obligan a las empresas a acordar una alta prioridad a los riesgos con un impacto grave y posiblemente irreparable. En la práctica, las opciones de una empresa en relación con las medidas preventivas apropiadas en materia de derechos humanos dependerán de la actividad particular que realice, los riesgos que plantee y los derechos a los que se refiera.

Algunos riesgos se derivan de condiciones que están más allá del alcance de una sola empresa y por tanto, no pueden resolverse únicamente a través de su propia diligencia debida. En el pasado, cuando se han dado este tipo de casos, los legisladores han tenido en cuenta los esfuerzos de toda la industria para hacer frente a esos riesgos. Varios Estados u organizaciones intergubernamentales han utilizado su poder de convocatoria para iniciar esfuerzos colectivos para que las empresas mejorasen su comportamiento ético en las cadenas de valor²³⁸. Sin embargo, la mayoría de las normas de diligencia debida no permiten que tales esfuerzos obvien la obligación básica de una empresa de tomar medidas preventivas y de mitigación con respecto a una infracción identificada. Entre estas medidas se incluye: cortar los lazos con una fuente conocida de riesgo, por ejemplo

mediante la venta de una empresa o parte de una empresa; o poner fin a un acuerdo contractual con un proveedor.

La legislación de los Estados vela por que las empresas instauren una cultura de la prevención. Las normas relativas a la diligencia debida a menudo tratan de promover una cultura organizacional en las empresas que evite las infracciones. Esto, por lo general, incluye un historial coherente de políticas adoptadas encaminadas a prevenir cualquier tipo de infracción. Las empresas están obligadas a elaborar, aprobar y difundir, a nivel interno y externo, una política que detalle el compromiso de la empresa de respetar las normas establecidas por la ley. Esta política debería ir acompañada de una serie de normas y procedimientos de obligado cumplimiento para los empleados o los que actúan en nombre de la empresa. Cada individuo o unidad dentro de una empresa debería tener una responsabilidad claramente delineada de prevenir daños específicos o violaciones. Estos individuos o unidades de negocios deben contar con el acceso necesario a los procesos de toma de decisiones y los recursos adecuados para desempeñar tareas de prevención. Además, debe existir un reglamento de aplicación coherente que contemple las medidas disciplinarias internas, cuando sean necesarias. Finalmente, se puede aumentar la sensibilidad en relación a ciertos riesgos específicos dentro de la empresa a través de la formación general de los empleados y la difusión interna de información concreta sobre determinados contextos operativos.

Los Estados deben garantizar que las empresas informen a los grupos afectados de los riesgos potenciales. Las normas de diligencia debida, por lo general, incluyen medidas de prevención y mitigación que exigen a las empresas informar a los afectados de los riesgos identificados. Este es el primer paso en el desarrollo de medidas para mitigar o remediar los daños o violaciones. Las empresas están obligadas a proporcionar dicha información de manera oportuna, preferiblemente lo antes posible en el proceso de toma de decisiones relativas a las actividades que presentan un determinado riesgo. Las empresas también están obligadas a: proporcionar la información en una forma que sea fácilmente accesible para los grupos afectados y otras personas no expertas; y a describir la actividad en cuestión e incluir todos los elementos claves de una acción que pudiera tener un impacto en los diversos grupos de interés. Además, las empresas tienen la obligación de proporcionar información pertinente a las partes interesadas a la hora de elaborar un protocolo para responder a los riesgos como, por ejemplo, cómo y cuándo la empresa tomará una decisión, qué otras organizaciones están involucradas, qué agencias gubernamentales tienen jurisdicción y cómo la gente puede acceder a más información.

La legislación de los Estados garantiza que las empresas adopten medidas adecuadas para mitigar los daños o violaciones que ya hayan ocurrido. Los regímenes de diligencia debida de todas las jurisdicciones se fundamentan en la idea de que, una vez que un riesgo o daño haya sido identificado, una empresa debe desarrollar opciones de mitigación apropiadas. Al igual que en el caso de las medidas preventivas, una empresa tendrá que considerar la actividad específica que desarrolla, los riesgos que acarrea y los derechos objeto de controversia. Una vez que se ha producido un daño o violación, una empresa tiene la obligación de aplicar medidas de mitigación para reducir la severidad del impacto del dicho daño o violación, o para remediarlos. Siempre que

sea posible, la remediación debe incluir la reparación del daño causado (*restitutio in integrum*). Cuando el daño es irreparable, la remediación puede implicar varias formas de compensación para las víctimas, tanto monetarias como no monetarias. En todos los casos, las empresas deben llevar a cabo acciones de remediación a través de procesos que sean transparentes y percibidos como legítimos por las partes interesadas afectadas. Los mecanismos de reparación interna o informal no deben impedir el acceso por parte de los interesados a los recursos judiciales.

3. La Responsabilidad de Rendir Cuentas

Los Estados deben garantizar que las empresas informen sobre sus procedimientos de diligencia debida. Las normas de diligencia debida, por su parte, exigen por lo general que las empresas informen a las partes interesadas. Una de las funciones de los requisitos de notificación de la diligencia debida es la de asegurar a las partes interesadas, incluidos los inversores y los legisladores, que una empresa tiene los procedimientos adecuados para gestionar determinados riesgos. Las normas de diligencia debida normalmente especifican el grado de detalle de los informes que deben presentarse y la periodicidad de elaboración de estos informes (por ejemplo, anualmente).

En principio, el sistema de rendición de cuentas relativo a la diligencia debida de una empresa debería ser lo más detallado y transparente posible, incluyendo las políticas de la empresa en materia de derechos humanos, una descripción de los procedimientos de diligencia debida aplicados dentro de la empresa, la identificación de los riesgos, así como la sustancia y el proceso de las medidas de mitigación desarrolladas. Sin embargo, existe en la actualidad una variedad significativa de normativas en materia de rendición de cuentas, de mecanismos mediante los cuales las empresas están obligadas a informar, y de criterios de lo que constituye una rendición de cuentas efectiva a efectos de la diligencia debida en materia de derechos humanos.

V. Conclusiones

La variedad de medidas legales y reglamentarias descritas anteriormente confirma que la diligencia debida es un concepto que se utiliza ampliamente en las legislaciones nacionales en una gran variedad de países de todas las regiones del mundo, a través de diferentes tradiciones jurídicas. Estas medidas nacionales de diligencia debida son consistentes con el proceso de dicha diligencia descrito en los Principios Rectores. Además, el concepto de diligencia debida se encuentra en áreas del derecho que son análogas o directamente relacionadas con los derechos humanos, como los derechos laborales, la protección del medio ambiente, la protección del consumidor y la lucha contra la corrupción. A partir de la práctica de los Estados y las normas internacionales, es posible extraer una tendencia emergente en la de la diligencia debida similar en muchas jurisdicciones.

La diversidad de tradiciones jurídicas, la complejidad de las actividades empresariales, y la variedad de contextos de derechos humanos en los diferentes países, sugieren que no habrá una única forma de reglamentación de diligencia debida que resulte apropiada para todas las jurisdicciones. Con el fin de consolidar y fortalecer las protecciones existentes, y para avanzar en la protección de toda la gama de derechos humanos, los Estados deben hacer un mayor uso de las herramientas jurídicas ya establecidas para exigir a las empresas el ejercicio de la diligencia debida en materia de derechos humanos, y fomentar el grado de conformidad mediante la creación de incentivos apropiados. Los legisladores y defensores podrán elegir entre una amplia gama de opciones de acción estatal en su búsqueda por encontrar la forma más eficaz de garantizar que las empresas respeten los derechos humanos. En este sentido, el papel de la diligencia debida es doble: aclarar las expectativas de las empresas y hacer que sea más fácil para los legisladores y los tribunales evaluar su cumplimiento

En vista del extenso elenco de prácticas estatales descrito anteriormente, los obstáculos legales a la reglamentación de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas, son más bien limitados. Sin embargo, la práctica extensiva de los Estados con respecto a la diligencia debida como método de reglamentación no garantiza una aplicación efectiva. Los Estados imponen sanciones civiles, administrativas o penales a aquellas entidades empresariales que vulneran las normas establecidas en la ley. El análisis previo a la elaboración del presente Informe apunta que tales sanciones se aplican con frecuencia en relación con ciertos derechos humanos, como los derechos laborales, o bienes públicos análogos, como el medio ambiente, la protección del consumidor, o la lucha contra la corrupción. En todas estas áreas, los sistemas jurídicos nacionales exigen el ejercicio de la diligencia debida como forma de garantizar el cumplimiento por parte de las empresas del principio de diligencia. Sin embargo, sería necesario seguir investigando para elaborar combinaciones específicas de medidas de aplicación que reduzcan ciertos riesgos para los derechos humanos derivados de determinados tipos de actividades empresariales. Tal análisis excedía sin duda el alcance de este proyecto.

Además de exigir que las empresas respeten los derechos humanos mediante el ejercicio de la diligencia debida, los Estados deberían utilizar la reglamentación existente para incentivar a las empresas en esta misma dirección. Los Estados podrían desarrollar estos incentivos en calidad de autoridades de reglamentación, inversores, compradores y propietarios, para garantizar que tales incentivos tengan por objetivo general alentar a las empresas a que respeten los derechos humanos y por objetivo particular que lleven a cabo los procesos adecuados de diligencia debida. Hay varias maneras en que los Estados puedan conseguir este objetivo doble, por ejemplo recompensando a las empresas con un acceso preferencial a la ayuda del Estado, a través de los diversos procesos reglamentarios de aprobación, o a través de disposiciones específicas en los acuerdos comerciales.

Las opciones descritas en el informe indican al menos cuatro enfoques reguladores principales a través de los cuales los Estados pueden garantizar que las empresas desarrollen actividades de diligencia debida en materia de derechos humanos. Por lo general, estos enfoques coexisten dentro de las mismas jurisdicciones y sistemas legales. El primer enfoque impone un requisito de diligencia debida como una cuestión de cumplimiento normativo. Los Estados aplican normas que requieren que las empresas lleven a cabo procesos de diligencia debida, ya sea directamente como una obligación jurídica formulada en una ley, o indirectamente al ofrecer a las empresas la oportunidad de utilizar la diligencia debida como defensa contra los cargos de violaciones penales, civiles o administrativas. Por ejemplo, los tribunales utilizan la diligencia debida de las empresas para evaluar el cumplimiento por parte de éstas de las normas de protección del medio ambiente, de los trabajadores y de los consumidores, y de lucha contra la corrupción. Del mismo modo, los organismos reguladores suelen exigir la diligencia debida a las empresas como requisito básico para la concesión de autorizaciones y licencias para el desarrollo de múltiples actividades empresariales.

El segundo enfoque regulador proporciona incentivos y beneficios a las empresas, a cambio de que puedan demostrar el ejercicio de la diligencia debida. Por ejemplo, para que las empresas puedan acceder a créditos a la exportación, sellos de calidad o de otra naturaleza y otras formas de apoyo estatal, los Estados suelen exigir la diligencia debida relativa a los riesgos ambientales y sociales.

Un tercer enfoque consiste en que los Estados fomenten la diligencia debida a través de mecanismos de transparencia y divulgación de la información. Los Estados aplican normas que obligan a las empresas a comunicar la existencia de actividades de diligencia debida con la intención de que los mercados y la sociedad puedan intentar reducir y limitar los daños identificados. Por ejemplo, las leyes de títulos de valores, leyes de protección de los consumidores y requisitos de presentación de informes relativos a la responsabilidad social de las empresas operan según la premisa de que la información sirva los intereses de toda una serie de actores (consumidores, inversores, reguladores, y todas aquellas personas que pudieran verse afectadas por las actividades de una empresa) y genera la necesidad de emprender diversas acciones.

Una cuarta categoría implica una combinación de uno o más de los enfoques anteriormente mencionados. Los Estados a menudo combinan diversos aspectos de estos enfoques con el fin de construir una estructura de incentivos que promueva el respeto por parte de las empresas de las normas establecidas en la legislación y garantice que el cumplimiento se pueda evaluar de una manera eficiente y eficaz. Por ejemplo, las normas administrativas que rigen la protección del medio ambiente, los derechos laborales, la protección del consumidor o la lucha contra la corrupción pueden exigir a las empresas que efectúen procesos de diligencia debida como requisito básico para la obtención de una licencia o aprobación, y pueden también exigir la redacción de informes periódicos sobre sus actividades en materia de diligencia debida. Para el cumplimiento de dichos reglamentos se pueden combinar sanciones administrativas (multas) y sanciones penales; además de abrir la posibilidad de una acción civil.

La principal conclusión del Informe es que los Estados pueden hacer un uso mucho mayor de varios instrumentos jurídicos para garantizar que las empresas apliquen procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos. El Informe también concluye que los Estados pueden aprovechar más sus reglamentaciones existentes como parte de su objetivo de garantizar que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos. Las leyes existentes de protección laboral, de los consumidores y del medio ambiente, por ejemplo, sirven a menudo para proteger los derechos humanos de diferentes grupos y pueden ofrecer mayores oportunidades para integrar precisamente la protección de los derechos humanos en sus sistemas de diligencia debida. Además, con el fin de consolidar y fortalecer las protecciones existentes, y para avanzar en la protección de toda la gama de derechos humanos, los Estados deben analizar todas las posibles opciones normativas que hacen uso de la diligencia debida, incluyendo las presentadas en el presente informe, para garantizar que las empresas respeten los derechos humanos.

VI. Recomendaciones

- Los Estados deben garantizar que sus sistemas jurídicos amplían la actual legislación penal a las empresas por delitos directamente relacionados con la protección de los derechos humanos, como los crímenes violentos y los delitos medioambientales que puedan poner en peligro el derecho a la vida o el derecho a la salud. Las empresas deben poder ser declaradas responsables penales de sus actos, así como por no haber actuado con la diligencia debida para impedir esos crímenes por su propia conducta o por la conducta de sus empleados o agentes, o de las entidades pertenecientes al grupo de empresas en todas sus operaciones a nivel mundial.
- Los Estados deben garantizar que sus sistemas jurídicos contemplen la posibilidad de declarar responsables civiles a aquellas empresas que causen daños o perjuicios relativos a los derechos humanos, en particular por no haber actuado con la diligencia debida para prevenir tales daños causados por su propia conducta o por la conducta de sus empleados o agentes, o de las entidades pertenecientes al grupo de empresas en todas sus operaciones a nivel mundial.
- Los Estados deberían hacer un mayor uso de la reglamentación administrativa para garantizar que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos. Los Estados deberían utilizar mejor sus reglamentos existentes - tales como los que rigen el trabajo, el medio ambiente, la protección del consumidor, y otras actividades empresariales sobre las que pueden ejercer una determinada influencia - obligando a las empresas a responder ante las autoridades administrativas de su responsabilidad de respetar los derechos humanos.
- Los Estados deben asegurarse de que sus regímenes de diligencia debida estén en sintonía con su deber de impedir que su territorio sea utilizado para causar violaciones de los derechos humanos en él de otro Estado, incluso por parte de personas privadas domiciliadas en su propio territorio.
- Los Estados deben garantizar que las víctimas de violaciones de derechos humanos tengan acceso a recursos judiciales, incluido el acceso a los tribunales y a los procesos de reglamentación. Además, los Estados deben abordar los obstáculos prácticos a los que se enfrentan aquellas víctimas que tratan de obtener una reparación judicial: como los costes financieros, a menudo prohibitivos, de los procesos judiciales; o la dificultad para obtener la ejecución de las resoluciones judiciales en un Estado distinto del de residencia.
- Cuando la legislación penal, civil o administrativa permite a una empresa servirse de una defensa basada en su diligencia debida, los Estados deben asegurarse que esa defensa se fundamente en pruebas reales de las políticas adoptadas por la empresa y en adecuación y

eficacia con las medidas aplicadas para evitar riesgos sobre los derechos humanos. La mera existencia de políticas y procedimientos de diligencia debida no puede considerarse suficiente para que una empresa quede exenta de su responsabilidad. Los Estados deberían exigir que los fiscales, tribunales, organismos de reglamentación y otros órganos del Estado que interactúen con las empresas, evalúen el ejercicio de la diligencia debida por parte de éstas a fin de garantizar que: tales medidas no estén destinadas principalmente a demostrar un cumplimiento únicamente ‘en papel’ de las normas; que la dirección no haya tolerado ni ignorado intencionalmente violaciones de los derechos humanos; o que dichas medidas hayan sido diseñadas eficazmente para hacer frente a un riesgo concreto sobre determinados derechos humanos.

- Los Estados deben garantizar que las sanciones impuestas a las empresas sean proporcionales a la naturaleza de la violación de los derechos humanos y a la participación de las distintas personas que hayan intervenido, tanto físicas como jurídicas. Además de cualquier indemnización a las víctimas, las opciones relativas a las sanciones impuestas a personas jurídicas podrían incluir, por ejemplo, multas, revocación de licencias, exclusión del apoyo o de la inversión del gobierno, vigilancia condicional (por ejemplo, la observación por parte de un órgano independiente, las auditorías internas o la supervisión judicial), cierre del establecimiento donde se haya cometido el delito, o una orden judicial de liquidación.
- Los Estados deberían considerar una combinación adecuada de incentivos y sanciones en función del caso de violación de los derechos humanos del que se trate y del marco normativo nacional aplicable a un sector de actividad determinado. La prueba de fuego sería realmente ver si la combinación particular de obligaciones e incentivos, en el contexto en el que se aplica, es razonablemente eficaz para prevenir que las empresas no vulneren los derechos humanos, o puedan contribuir a ello a partir de sus acciones u omisiones.
- Los Estados deben asegurarse de que la obligación fiduciaria del “deber de diligencia” de los directores de las empresas se interprete en el sentido de la promoción del respeto de los derechos humanos. Los Estados deben garantizar, con arreglo a la ley, que cuando los directores actúen de acuerdo con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, se considere también que actúen con arreglo a sus obligaciones fiduciarias frente a sus accionistas.
- Los Estados deberían exigir el ejercicio de la diligencia debida en materia de derechos humanos como requisito básico para la aprobación de licencias y permisos para actividades empresariales o proyectos específicos obligando, por ejemplo, a las empresas a integrar las consideraciones de derechos humanos en las evaluaciones de impacto medioambiental. Los Estados deberían condicionar todo tipo de apoyo, por ejemplo, la concesión de préstamos o seguros de riesgo para proyectos de desarrollo en el extranjero o para

actividades de exportación, y la integración de la diligencia debida en materia de derechos humanos. Asimismo, los Estados deben exigir el ejercicio de la diligencia debida en materia de derechos humanos a las empresas en las que invierten a través de fondos estatales o de cualquier otra forma.

- Los procesos de contratación pública a todos los niveles deberían incluir un requisito según el cual las empresas tengan que poder demostrar el cumplimiento de determinadas normas de diligencia debida en materia de derechos humanos, siempre que dichas normas sean reconocidas universalmente y que la evaluación del cumplimiento se realice de manera objetiva e imparcial, y no dé lugar a una discriminación injustificada.
- Los Estados deberían otorgar preferencias comerciales en base a la capacidad de las empresas de demostrar el cumplimiento de determinadas normas de diligencia debida en materia de derechos humanos, siempre que dichas normas sean reconocidas universalmente y que la evaluación del cumplimiento se realice de manera objetiva e imparcial, y no dé lugar a una discriminación injustificada.
- Los Estados deberían exigir a las empresas publicar o divulgar sus políticas y prácticas de diligencia debida, incluyendo los riesgos sobre los derechos humanos que han sido identificados, así como las medidas de prevención y mitigación adoptadas para reducir estos riesgos. En general, los Estados deberían exigir que la información necesaria esté a disposición de las autoridades de reglamentación, los inversores, los consumidores y otras partes interesadas, para poder evaluar el respeto de los derechos humanos por parte de la empresa. En términos más generales, al obligar a las empresas a explicar qué medidas están tomando para hacer frente a un tipo particular de riesgo relativo a los derechos humanos, las normas de notificación y divulgación de la información desempeñan un papel vital en la efectividad y legitimidad del régimen general de diligencia debida. Si la legislación no estipula los medios y métodos de divulgación, la eficacia, y por tanto la legitimidad, de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de una empresa seguirá siendo incierta.
- Los Estados deberían analizar la eficacia de diversos procedimientos de diligencia debida en el ámbito nacional e internacional para examinar las opciones más adecuadas relativas al establecimiento de normas y procedimientos de dicha diligencia para las empresas. Como mínimo, las normas que establezcan para reglamentar los procedimientos de diligencia debida por parte de las empresas deberían ser compatibles con los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Notas Finales

¹ La *International Corporate Accountability Roundtable*, ICAR (Mesa Redonda Internacional sobre la Responsabilidad de las Empresas) es la coalición de los principales grupos líderes en la defensa de los derechos humanos, el desarrollo medioambiental, y las relaciones laborales. ICAR trabaja para construir marcos de responsabilidad de las empresas, reforzar las medidas actuales y defender las leyes y políticas existentes, así como los precedentes legales.

² La *European Coalition for Corporate Justice*, ECCJ (Coalición Europea para la Justicia Corporativa) promueve la rendición de cuentas por parte de las empresas, a través de la interacción entre las diferentes plataformas nacionales de organizaciones de la sociedad civil (OSC), incluidas las organizaciones no gubernamentales, los sindicatos, grupos de defensa del consumidor e instituciones académicas de toda Europa. La ECCJ representa a más de 250 OSC presentes en quince países europeos, como la FIDH y organizaciones nacionales de Oxfam, Greenpeace, Amnistía Internacional y Amigos de la Tierra.

³ La *Canadian Network on Corporate Accountability*, CNCA (Red Canadiense sobre Responsabilidad Corporativa) reúne a organizaciones no gubernamentales ambientales y de derechos humanos, grupos religiosos, sindicatos y grupos de investigación y de apoyo en todo Canadá, incluyendo la Iniciativa Halifax. Los miembros de la Red CNCA abogan por la aprobación de una legislación federal que establezca normas obligatorias de responsabilidad corporativa para las empresas extractivas canadienses que operan en el extranjero. Según la CNCA, el apoyo del gobierno a las empresas canadienses debe estar condicionado al cumplimiento de estas normas. La red tiene por objetivo mejorar la eficacia de las actividades de sus miembros mediante el intercambio de información, el análisis de políticas y la investigación; y coordinar proyectos conjuntos de incidencia y promoción de la reforma legal y política. La CNCA también trata de sensibilizar a la opinión pública sobre estos temas.

⁴ Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", adoptado por unanimidad en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Principio 1 Doc ONU. A/HRC/17/31 (junio de 2011) (por John Ruggie) [en adelante los "Principios Rectores"].

⁵ *Id.*

⁶ Los Estados eran: Argentina, Bélgica, Bolivia, Australia, Canadá, China, Colombia, Congo (Rep. Dem. del), Costa de Marfil, Dinamarca, Francia, Alemania, Ghana, Guatemala, Honduras, Hong Kong, India, Indonesia, Italia, Kenia, Japón, Liberia, Malawi, México, Nepal, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nigeria, Pakistán, Perú, Singapur, Sudáfrica, España, Uganda, el Reino Unido, Estados Unidos y Zimbabue

⁷ International Corporate Accountability Roundtable, www.accountabilityroundtable.org.

⁸ *Principios Rectores*, nota *supra* 4.

⁹ *Principios Rectores*, nota *supra* 4, Principio Rector 11 ("Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre dichos derechos en las que tengan alguna participación"); véase también el Principio Rector 13 ("La responsabilidad de respetar los

derechos humanos exige que las empresas: a) eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre aquellos derechos y hagan frente a estas consecuencias cuando se produzcan; b) traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”).

¹⁰ Representante Especial para la cuestión de las Empresas y los Derechos Humanos, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, ¶ 52 U.N. Doc. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008) (por John Ruggie) (El Representante Especial estudió más de 300 informes de abusos de derechos humanos relacionados con las empresas y llegó a la conclusión de que “hay pocos derechos reconocidos internacionalmente, si es que los hay, sobre los que las empresas no puedan incidir, o sobre los que parece que puedan incidir, de alguna manera... Toda vez que las actividades de las empresas pueden tener un impacto sobre prácticamente todo el espectro de derechos humanos internacionalmente reconocidos, su responsabilidad de respetarlos se aplica a todos esos derechos.”), *disponible en* <http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/A.HRC.8.5.pdf>.

¹¹ Principios Rectores, nota *supra* 4, Principio 17, Comentario.

¹² *Principios Rectores*, nota *supra* 4, Principio 12 y Comentario, indicando que:

Una lista oficial de los derechos humanos fundamentalmente internacionalmente reconocidos (que incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos en que se ha codificado: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), a la que vienen a sumarse los principios relativos a los derechos fundamentales de los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, conforme a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Estas son las referencias que usan otros agentes sociales para evaluar el impacto de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos...

De acuerdo con las circunstancias, es posible que las empresas deban tener en cuenta otras normas. Por ejemplo, las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicos y deberán prestarles una atención especial cuando vulneren los derechos de esas personas. Los instrumentos de las Naciones Unidas han detallado a tal efecto los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias. Por otra parte, en situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario.

¹³ Véase la *Observación General N° 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto* (ICCPR/C/21/Rev.1/Add.13), 26 de mayo de 2004, ¶ 8 (en referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el marco del Consejo de Derechos Humanos “sólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de dichos derechos que cometan sus agentes, sino también contra los actos que

cometan particulares o entidades y menoscaban el disfrute de estos derechos, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas”); Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 12, (1999) El derecho a una alimentación (*Art. 11*), U.N. Doc. E/C.12/1999/5, ¶ 15: “la obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada”); *Young, James y Webster contra el Reino Unido*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 44 (ser. A) 49 (1981) (en cumplimiento de la Convención Europea de Derechos Humanos); *X y Y contra Países Bajos*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 91 (ser. A) 27 (1985) (en cumplimiento de la Convención Europea de Derechos Humanos); Consejo de Europa, Comité Europeo de Derechos Sociales, reclamación colectiva n° 30/2005, *Fundación Marangopoulos para los Derechos Humanos (MFHR) contra Grecia*, decisión sobre la admisibilidad del 30 de octubre de 2005, ¶ 14 (de conformidad con la Carta Social Europea “el Estado es el responsable de garantizar el respeto de los derechos reconocidos por la Carta en su orden interno. El Comité fue considerado como competente para conocer las alegaciones de violaciones de los demandantes, incluso si el Estado no actúa como autor sino que simplemente sea incapaz de poner fin a las supuestas violaciones en su capacidad de regulador”); Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (serie C) No. 4, ¶ 172 (en referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la diligencia debida para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”); la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Solicitud 74/92, *Commission Nationale des Droits de l’Homme et des Libertés v Chad*, 9º Informe Anual de Actividades de la ACHPR (1995-96); 4 IHRR 94 (1997) (“La Carta establece en su artículo 1 que los Estados Partes no sólo deberán reconocer los derechos, deberes y libertades adoptados en virtud de la Carta, sino que también deberán emprender “. . . medidas para dar efecto a las mismas”. En otras palabras, si un Estado se niega a garantizar los derechos de la Carta Africana, esto puede constituir una violación, aún cuando el Estado o sus agentes no sean la causa inmediata de la violación”), o la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, solicitud 55/96, *SERAC y CESR contra Nigeria*, 15º Informe Anual de Actividades de la ACHPR (2002), ¶ 46 (“el Estado está obligado a proteger a los titulares de derechos contra otros a través de la legislación y la provisión de recursos efectivos. Esta obligación requiere que el Estado tome medidas para proteger a los beneficiarios de los derechos protegidos contra interferencias políticas, económicas y sociales. La protección general implica la creación y el mantenimiento de un entorno o marco mediante una interacción efectiva de las leyes y reglamentos para que los individuos sean capaces de realizar libremente sus derechos y libertades”).

¹⁴ *Principios Rectores*, nota *supra* 4, Principio 1.

¹⁵ El Consejo respaldó la aplicación de las recomendaciones del Grupo de Expertos, incluyendo un marco basado en las normas sobre derechos humanos. El Consejo también respaldó el llamamiento del Grupo para que las empresas lleven a cabo procesos de diligencia debida con respecto al comercio de minerales procedentes de zonas de conflicto. Resolución 1952 (2010) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6432ª sesión, celebrada el 29 de noviembre de 2010, disponible en [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1952\(2010\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1952(2010)).

¹⁶ En mayo de 2011, el Consejo de Ministros de la OCDE aprobó una revisión de las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, disponible en <http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/guidelinesformultinationalenterprises/48004323.pdf>. El Consejo simultáneamente adoptó las *Directrices de diligencia debida para cadenas de suministro responsables de minerales procedentes de zonas en conflicto y de alto riesgo de la OCDE*. Ambos instrumentos integran la responsabilidad de las empresas de respetar y de definir el concepto de diligencia debida. Las *Directrices sobre Diligencia Debida* ya fueron adoptadas por la Comisión Intergubernamental de la Región de los Grandes Lagos en África, que además participó en el proceso de elaboración de las citadas Directrices. En junio de 2012, el Consejo de la OCDE sobre Planteamientos Comunes en relación con las agencias de créditos a la exportación adoptó formalmente una resolución por la que se reconocía la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. En esta Recomendación se hace referencia explícita a los Principios Rectores y al concepto operativo de diligencia debida. Véase, la *Recomendación de la OCDE sobre planteamientos comunes en relación con los créditos a la exportación apoyados oficialmente y los procesos de debidas diligencias sociales y ambientales* TAD/ECG(2012)5 (28 de junio de 2012), [aquí abajo los Planteamientos Comunes] disponible en : <http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=TAD/ECG%282012%295&doclanguage=en>.

¹⁷ En octubre de 2011, la Unión Europea publicó una nueva definición de la Responsabilidad Social de las Empresas basada en parte en los Principios Rectores. En ella se integra la definición de diligencia debida. Véase la *Comunicación de la Comisión Europea: Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM(2011) 681 final (25 de octubre de 2011) disponible en :

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:229:0077:0084:ES:PDF>.

También en 2011, la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) acordó preparar un "estudio técnico sobre la Responsabilidad Social de las Empresas y los Derechos Humanos en la ASEAN" Véase el Comunicado de Prensa de la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN, Quinta Reunión (25 a 29 abril 2011), disponible en http://www.asean.org/news/asean-statement-communicues/item/press-release-of-the-fifth-asean-intergovernmental-commission-on-human-rights-jakarta-25-29-april-2011-2?category_id=26.

¹⁸ International Corporate Accountability Roundtable, www.accountabilityroundtable.org

¹⁹ Criminal Code Act 1995 (Cth) s 12 (Australia.), disponible en <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00547>; Corruption of Foreign Public Officials Act, S.C., 1998, c. 34 (Canadá), disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.2/index.html>; Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (Italia), disponible en <http://gazzette.comune.jesi.an.it/2001/140/1.htm>; Bribery Act 2010, c. 23 (Reino Unido) disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>; Dep't of Justice Principles of Prosecution of Bus. Org., 9 U.S.A.M. 9-28.00 (2008), disponible en http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/28mcrm.htm.

²⁰ Existe una sorprendente unanimidad entre los diferentes organismos en relación a lo que debería consistir un "programa de conformidad efectivo". Compárense las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (edición 2001) especialmente Parte I(IV), "Derechos

Humanos” nota *supra* 18, y el Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (Italia), *disponible en* <http://gazzette.comune.jesi.an.it/2001/140/1.htm>, y e/U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL [MANUAL ANUAL DE DIRECTRICES PARA LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS FEDERALES DE LOS ESTADOS UNIDOS] (2011), *disponible en* http://www.ussc.gov/guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/, con Incentives for Self-Policing: Discovery, Disclosure, Correction and Prevention of Violations [Incentivos para el Autocontrol: Identificación, Notificación, Corrección y Prevención de Violaciones] (Política de Auditorías de la Agencia de Protección del Medio Ambiente de EE.UU.), 65 Fed. Reg. 19,618 (11 de abril de 2000), *disponible en* <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2000-04-11/pdf/00-8954.pdf>.

²¹ Este es también el principio que inspiró la adopción de una Recomendación por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros relativa a la responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por las infracciones penales cometidas en el ejercicio de sus actividades. Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación n° R (88) 18 (1988), *disponible en* <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=233230&SecMode=1&DocId=698704&Usage=2/>. De acuerdo con esta Recomendación, adoptada en 1988, la empresa deberá quedar exenta de responsabilidad cuando su dirección no se haya visto implicada en la infracción y haya tomado todos los pasos necesarios para prevenirla (Principio I.4).

²² G. Ferguson, Corruption and Corporate Criminal Liability (Corrupción y Responsabilidad Penal de las Empresas) artículo presentado en la conferencia *Corruption and Bribery in Foreign Business Transactions: A Seminar on New Global and Canadian Standards*, (4 de febrero de 1999), en M. Wagner, Corporate Criminal Liability: National and International Responses (Responsabilidad Penal de las Empresas: Respuestas Nacionales e Internacionales), *Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective (Fraude Comercial y Financiero: Una perspectiva comparativa)*, (8-12 de julio de 1999), Pág.6.

²³ Para establecer la responsabilidad de la empresa, la Recomendación del Consejo de Europa de 1988 no requiere que la infracción se haya cometido *en su propio beneficio*: todo lo que la recomendación impondría sería que las empresas pudieran ser consideradas penalmente responsables de las infracciones cometidas “en el ejercicio de sus actividades, incluso cuando la infracción sea ajena a los propósitos de la empresa” Eur. Consult. Ass., Recomendación relativa a la responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por las infracciones penales cometidas en el ejercicio de sus actividades, Recomendación n° R (88) 18 (1988).

²⁴ Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (Italia) *disponible en* <http://gazzette.comune.jesi.an.it/2001/140/1.htm>.

²⁵ Para las empresas que cotizan en la *Borsa Italiana*, el Mercado de Valores italiano, existe un Código de Gobernanza en el que se incluyen líneas directrices adicionales. De acuerdo con estas directrices, se entenderá por ‘procedimientos adecuados’: (1) la adopción de medidas de cumplimiento y conformidad efectivas, así como sistemas eficaces específicos de control interno con el objetivo de prevenir cualquier tipo de infracción, (2) el sistema de control deba adaptarse a las características específicas de la empresa, (3) la identificación de las actividades que puedan dar lugar a cualquier infracción, (4) la aprobación de los procedimientos adecuados que permitan la aplicación de las decisiones tomadas en relación con la prevención de las infracciones, (5) el

establecimiento de normas adecuadas para la gestión de los recursos financieros para prevenir las infracciones que pudieran cometerse, (6) la aprobación de un sistema disciplinario adecuado destinado a sancionar los casos de abusos y violaciones de las disposiciones del programa de conformidad, y (7) la creación de un órgano de supervisión con verdaderos poderes efectivos. Otra área donde se requiere la diligencia debida específica por parte de las empresas es la seguridad de los empleados. Las empresas que se ocupan de determinadas actividades, deben: (1) adoptar un "Documento de Evaluación de Riesgos;" (2) designar un responsable de seguridad, y (3) proporcionar información, educación y formación a los empleados, incluyendo al personal de extinción de incendios y de primeros auxilios. El incumplimiento de estas obligaciones puede suponer para la empresa la imposición de una multa, y, en casos excepcionales, la pérdida de su licencia comercial. Código de Gobernanza de las Empresas de 2011, *disponible en* <http://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/regolamenti/corporategovernance/corporategovdec2011.en.pdf.htm>.

²⁶ Canadian Environmental Protection Act, [Ley Canadiense de Protección del Medio Ambiente] S.C. 1999, c. 33, *disponible en* <http://www.ec.gc.ca/lcpe-cepa/default.asp?lang=En&n=24374285-1>.

²⁷ *Id.*, § 283. ("Ninguna persona podrá ser considerada culpable de un delito de conformidad con la presente Ley, con excepción de un delito previsto en el artículo 273 si el delito se comete a sabiendas, o según lo estipulado en los artículos 228 o 274, cuando la persona establezca que llevó a cabo todos los procesos de diligencia debida para prevenir que se cometiese")

²⁸ Environment Canada, Compliance and Enforcement Policy for the Canadian Environment Protection Act, 1999 (Agencia Medioambiental de Canadá, Política de Conformidad y Reglamento de Aplicación de la Ley Canadiense de Protección del Medio Ambiente) (Marzo de 2001) ("CEPA Policy"), *disponible en* <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-153.31.pdf>.

²⁹ *Id.*, at ¶ 1, "Medidas para Promover el Cumplimiento de los Códigos de Prácticas y Directrices Medioambientales," [formulación ligeramente modificada entre corchetes y se ha eliminado la palabra 'these' en la versión original].

³⁰ Reglamento Federal 60. 66,706 (22 de diciembre de 1995) actualizado por el Reglamento Federal 65. 19,618 (11 de abril de 2000).

³¹ Reglamento Federal 65. 19,618 (11 de abril de 2000), *disponible en* <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2000-04-11/pdf/00-8954.pdf> ("'Sanciones en función de la gravedad' son la parte de una sanción que supera el beneficio económico, es decir, la parte punitiva de la sanción, para evitar que esa parte represente un beneficio económico para el acusado derivado de su falta de cumplimiento.")

³² *Id.*

³³ Véase Allens Arthur Robinson, "'Corporate Culture' as the Basis for the Criminal Liability of Corporations," (Preparado para el Representante Especial, febrero de 2008) (Este artículo examina varias maneras en que se puede sancionar a una empresa cuando un trabajador ha cometido una infracción), *disponible en* <http://www.reports-and-materials.org/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>.

³⁴ Canadian Environmental Protection Act, S.C. 1999, c. 33, *disponible en* <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-153.31.pdf>.

³⁵ F. Joseph Warin et al., *Somebody's Watching Me: FCPA Monitorships and How they can Work Better (Alguien me está observando: la supervisión de la FCPA y cómo pueden trabajar mejor)*, 13 U. PA. J. BUS. L. 2 (2011) ("De 2004 a 2010, más del 40% de todas las empresas que resolvieron una investigación FCPA con el Departamento de Justicia de EE.UU. ("DOJ") o la Comisión del Mercado de Valores estadounidense ("SEC") a través de un acuerdo o convenio declaratorio tuvieron que aceptar el nombramiento de un supervisor independiente como condición del acuerdo)

³⁶ Por ejemplo, el Manual de Estados Unidos para los Fiscales del Estado estipula que:

Mientras que el Departamento reconozca que ningún programa de cumplimiento podrá prevenir por sí solo toda actividad delictiva por parte de los empleados de una empresa, los factores críticos en la evaluación de cualquier programa son: el hecho de ver si aquel programa está adecuadamente diseñado para garantizar la máxima eficacia en la prevención y detección de infracciones cometidas por los trabajadores, y si la dirección de la empresa está aplicando el programa o está alentando o presionando tácitamente a los empleados para que recurran a conductas delictivas con el fin de alcanzar los objetivos corporativos. El Departamento no ha establecido una lista de requisitos relativos a los programas de cumplimiento por parte de las empresas. Las preguntas fundamentales que los fiscales deben hacer son: ¿Está bien diseñado el programa de cumplimiento de la empresa? ¿El programa se aplica con seriedad y buena fe? ¿Funciona el programa de cumplimiento de la empresa? Al responder a estas preguntas, el fiscal debe considerar el programa de cumplimiento en su conjunto, el grado y la generalización de la mala conducta delictiva, el número y nivel de los empleados de las empresas implicadas, la gravedad, la duración y frecuencia de la conducta delictiva, y las medidas correctivas adoptadas por la empresa, incluyendo, por ejemplo, las medidas disciplinarias contra los infractores pasados descubiertos por programas de cumplimiento anteriores, y las revisiones por parte de las empresas de los programas de cumplimiento a la luz de las lecciones aprendidas.

Dep't of Justice Principles of Prosecution of Bus. Org. (Principios de Acusación de las Empresas, Departamento de Justicia) , 9 U.S.A.M. 9-28.00 (2008), *disponible en* http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/28mcrm.htm.

³⁷ Bribery Act 2010, c. 23 (Reino Unido) *disponible en* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>.

³⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA, BRIBERY ACT 2010 GUIDANCE (LEY CONTRA EL SOBORNO DE 2010) DIRECTRICES DE ORIENTACIÓN, PRINCIPIO 4: DILIGENCIA DEBIDA (p. 27) (Reino Unido) (en adelante "BRIBERY ACT GUIDANCE") ("Una persona "asociada" con una organización comercial con arreglo al artículo 8 de la Ley contra el Soborno incluye: cualquier persona que preste servicios para una organización comercial. Como se explica en los párrafos 37 a 43 del capítulo "Políticas Gubernamentales y el Artículo 7". El alcance de esta definición es amplio y puede abarcar una amplia gama de relaciones empresariales. Pero el nivel adecuado de diligencia debida para prevenir el soborno puede variar enormemente dependiendo de los riesgos derivados de la relación particular"), *disponible en*

<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>

³⁹ Bribery Act 2010, c.23 Sec. 7(2) (Reino Unido).

⁴⁰ Bribery Act Guidance, nota *supra* 39.

⁴¹ Véase REPORTER'S NOTE [Nota Explicativa del Artículo 4.01 de los *Principles of Corporate Governance of the American Law Institute* (Principios de Gobernanza Empresarial del Instituto de Derecho Americano) (2005)] ("Cerca de 37 Estados [de Estados Unidos] han promulgado disposiciones relativas al 'principio de diligencia'" y "en unos 13 estados, el derecho consuetudinario es la fuente de las normas sobre el principio de diligencia").

⁴² Varios ejemplos de autorización formal pueden encontrarse en: Corruption of Foreign Public Officials Act, S.C., 1998, c. 34 (Can.), *disponible en* <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.2/index.html>; Canadian Environmental Protection Act, S.C. 1999, c. 33, *disponible en* <http://www.ec.gc.ca/lcpe-cepa/default.asp?lang=En&n=24374285-1>; Migratory Birds Convention Act, 1994, S.C. 1994, c. 22 (Can.), *disponible en* <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/M-7.01/index.html>; Canadian Environmental Assessment Act, 2012, S.C. 2012, c. 19, *disponible en* <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-15.21/index.html>; Work Health and Safety Act 2011 (Cth) (Austl.), *disponible en* www.legislation.act.gov.au/2011-35/2011-35-current/2011-35.pdf; Restriction of the Use of Certain Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment Regulations 2008, S.I. 2008/37 (U.K.), *disponible en* <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/37/contents/made>; Control of Substances Hazardous to Health Regulations 2002, S.I. 2002/2677 (U.K.), *disponible en* <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/2677/contents/made>; U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL (2011), *disponible en* http://www.ussc.gov/guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/; Foreign Assets Control Regulations, 31 C.F.R. §§ 500-598 (2010), *disponible en* <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2012-title31-vol3/pdf/CFR-2012-title31-vol3-subtitleB-chapV.pdf>.

⁴³ U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL (2011), nota *supra* 22, § 8D1.4(b)(1) (Condiciones recomendadas de Libertad Condicional - Organizaciones) (Este artículo autoriza al tribunal para que dé la orden a la organización condenada de "elaborar y presentarle un programa efectivo de cumplimiento y ética consistente con el § 8B2.1", y esto como condición de la libertad condicional). Véase también el auto de libertad condicional emitido en *Queen v Niko Resources, Ltd.*, descrito en Canadá: Ley anti-corrupción de los funcionarios en el extranjero, S.C., 1998, c. 34 (Can.), *disponible en* <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.2/index.html>.

⁴⁴ Comentario por parte de un participante durante la Consulta ICAR en Asia y Australia.

⁴⁵ Véase *In re Caremark*, 698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996). ("En tercer lugar, he de señalar el impacto potencial de las Directrices para la Formulación de Sentencias sobre cualquier organización empresarial. Cualquier persona racional que intente de buena fe cumplir con una responsabilidad de gobernanza corporativa estaría obligada a tener en cuenta esta evolución y las penas más severas, así como las oportunidades que ofrece para la reducción de las sanciones.").

⁴⁶ Código Civil Alemán promulgado el 2 de enero de 2002 (Boletín Oficial Alemán [*Bundesgesetzblatt*] I Pág. 42, 2909; 2003 I Pág. 738), enmendado por el artículo 1 del estatuto del 27 de julio de 2011 (Boletín Oficial Alemán I Página 1600 *disponible en* http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html)

⁴⁷ Véase, por ejemplo, BÜRGERLICHES GESETZBUCH [BGB] [Código Civil] 8 de agosto de 1896, BUNDESGESETZBLATT, Teil I [BGBl] Pág. 1600, § 823, enmendado (Alemania), *disponible en* http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3341 (“Una persona que, intencionadamente o por negligencia, dañe ilegalmente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de un tercero es responsable de indemnizar a la otra parte por el daño causado.”).

⁴⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 31 de octubre de 2003, 2349 U.N.T.S. 41.

⁴⁹ Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa, Art. 4, 11 de abril de 1999. C.E.T.S. n° 174 (énfasis añadido). Consultado en <http://www.boe.es/boe/dias/2010/03/31/pdfs/BOE-A-2010-5259.pdf>

⁵⁰ Brazilian Código Civil, Art. 927 § ún. CC/2002.

⁵¹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos Council, 1985 DOCE (L 210), *disponible en* http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/l32012_es.htm.

⁵² Directiva 85/374/CEE del Consejo, art. 1, 1985 DOCE (L 210).

⁵³ Directiva 85/374/CEE del Consejo, art. 7, 1985 DOCE (L 210).

⁵⁴ Directiva 85/374/CEE del Consejo, 1985 DOCE (L 210).

⁵⁵ Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation 85 [Combatir la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Laboral] (Conny Rijken ed. 2011).

⁵⁶ An Act to Amend the Criminal Code (Westray Bill), S.C. 2003, c. 21 (Canadá), *disponible en* <http://www.parl.gc.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=E&Mode=1&billId=981232>; véase también Canadian Centre for Occupational Health and Safety, What is meant by due diligence? [Centro canadiense de Salud y Seguridad Ocupacionales: ¿Qué es la diligencia debida? (15 de enero de 2008), *disponible en* <http://www.ccohs.ca/oshanswers/legisl/diligence.html>.

⁵⁷ En 2012, el Ministerio de Comercio de China (MOFCOM) estimó que la política gubernamental de promoción de la inversión directa en el extranjero por empresas chinas, conocida como "*Going Global*", había llevado a un total de 18.000 empresas chinas a invertir en el extranjero, y un total de aproximadamente 1,2 millones de personas chinas trabajan en el extranjero, ya sea para empresas chinas o extranjeras. Transcripción de la conferencia de prensa, MOFCOM, (14 de marzo 2012) *disponible en* <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/newsrelease/press/201203/20120308015346.html>

⁵⁸ Jingwai Zhong Zi Qiye Jigou He Renyuan Anquan Guanli Guiding (境外中资企业机构和人员安全管理规定) [Reglamento sobre la Gestión de la Seguridad de las Empresas e Instituciones de Capital Chino establecidas en el Extranjero y Su Personal] (promulgado por 7 ministerios, incluyendo MOFCOM, MFA, SASAC y MPS, 13 de agosto de 2010, en vigor el 18 de agosto de 2010) Ministerio de Comercio (China), *disponible en* : http://www.gov.cn/gzdt/2010-08/18/content_1682340.htm

⁵⁹ Wet Arbeid Vreemdelingen [WAV][Ley de Empleo de los Extranjeros], Stb. 1996, p. 66 (Países Bajos), *disponible en* http://wetten.overheid.nl/BWBR0007149/geldigheidsdatum_08-10-2012.

⁶⁰ Los empleados procedentes de los Estados miembros de la UE, Suiza, Noruega, Islandia y Lichtenstein, pueden trabajar en los Países Bajos sin permiso de trabajo (a excepción de los búlgaros y rumanos). A los nacionales de terceros países, sin embargo, sólo se les permite trabajar cuando están en posesión de un permiso de residencia válido con la nota "trabajo permitido libremente", un pasaporte válido con una pegatina de residencia oficial con la nota "trabajo permitido libremente", o cuando el empleador del trabajador extranjero se encuentra en posesión de un permiso de trabajo para su empleado. *Id.*

⁶¹ Recientemente, según la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular del 18 de junio de 2009, la WAV ha sido revisada para exigir a los empleadores que abonen cualquier pago atrasado a los trabajadores extracomunitarios contratados ilegalmente. Directiva 2009/52/CE del Consejo, 2009 O.J. (L168) 24; Wet tot Wijziging Van de Wet Arbeid Vreemdelingen [Ley por la que se enmienda la Ley de Empleo de los Extranjeros], Stb. 2012, p. 143 (Países Bajos), *disponible en* <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/behandeldossier/21109/stb-2012-143.html>. El nivel de remuneración y duración deberá ser conforme a las prácticas establecidas en los sectores de ocupaciones relevantes. *Id.*

⁶² Charles M. Kersten, Nota, *Rethinking Transboundary Environmental Impact Assessment*, 34 Yale J. Int'l L. 173 (2009) (*obra en la que se cita* James Rasband et al., *Natural Resources Law and Policy* 253 (2d ed. 2004) ("Además de inspirar numerosas "pequeñas Agencias Nacionales de Medio Ambiente y Planificación", NEPA, en varios Estados de los Estados Unidos, ha servido como modelo para la legislación nacional de evaluaciones de impacto medioambiental en más de 130 países de todo el mundo.")).

⁶³ Loi 2008-757 du 1 août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement [Ley 2008-757 de 1 de agosto de 2008 relativa a la Responsabilidad Medioambiental y Varias Disposiciones para la Adaptación del Derecho Comunitario en el Ámbito Medioambiental], JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE [J.O.] [BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO FRANCÉS], 2 de agosto de 2008, p. 12361, *disponible en* <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019277729>.

⁶⁴ 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (2012).

⁶⁵ El temor del público a los residuos químicos en las zonas contaminadas (similar a una creciente sensación de que los productos químicos en el agua potable, los alimentos, la ropa de los niños, el ambiente, los lagos, los ríos y los océanos representan una amenaza grave para la salud pública) se ha denominado como "quimiofobia". En parte, la aprensión del público fue exacerbada por los primeros informes de prensa relativos a la filtración en áreas de disposición de residuos, tales como los que aparecieron poco después de la aprobación de la ley CERCLA y que describían estas zonas con nombres como "Love Canal" o "el Valle de los Tambores"

⁶⁶ Según la Ley CERCLA, entre las Partes Potencialmente Responsables se incluyen todos los propietarios, operadores, transportistas, y responsables de la eliminación de residuos peligrosos. 42 U.S.C. §§ 9601-75 (1994).

⁶⁷ Esta actividad de diligencia debida también se puede extender a un examen de todas las zonas de disposición de residuos a las que una empresa ha enviado residuos en el pasado, ya que la responsabilidad del que genera los residuos incluye también al socio de fusión o la empresa que compre la entidad emisora.

⁶⁸ Véase Acerca de ASTM, <http://www.astm.org/ABOUT/aboutASTM.html> (página consultada el 27 de noviembre de 2012).

⁶⁹ El Banco de Reservas de India (RBI), introdujo una serie de directrices para identificar a los clientes (KYC) aplicables a todos los bancos a partir del 2002. Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales, 2002, N° 15, Actas del Parlamento, 2003 *disponible en* <http://fiuindia.gov.in/pmla2002.htm>. En 2004, el RBI ordenó a todos los bancos garantizar su plena compatibilidad con las disposiciones KYC antes del 31 de diciembre de 2005. El objetivo era prevenir el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y el robo. *Id.* Sudáfrica promulgó la Ley 38 sobre el Centro de Inteligencia Financiera en 2001 (S. Afr.), *disponible en* <https://www.fic.gov.za/SiteContent/ContentPage.aspx?id=14>. En Estados Unidos, en conformidad con la *USA Patriot Act* de 2001, el Secretario del Tesoro fue obligado a finalizar los textos legislativos antes del 26 octubre de 2002, para que los KYC fuesen obligatorios para todos los bancos de Estados Unidos. 31 USC § 5318 (l) (2012). Nueva Zelanda actualizó sus leyes KYC a finales de 2009, y las normas entraron en vigor en 2010. Ley contra el Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo, de 2009 (NZ), *disponible en* <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2009/0035/latest/DLM2140720.html>. Las disposiciones KYC son obligatorias para todos los bancos e instituciones financieras registradas (se ha dado un sentido muy amplio a la definición de ‘entidades financieras’). *Id.*

⁷⁰ Véase, e.g., Fed. Fin. Inst. Examination Council, Bank Secrecy Act Anti-Money Laundering Examination Manual, Core Examination Overview and Procedures for Regulatory Requirements and Related Topics Customer Identification Program Overview [Ley de Secreto Bancario, Manual de Análisis de las Prácticas de Blanqueo de Dinero, Principales Tareas del Análisis, y Procedimientos sobre requisitos reglamentarios y otros temas relacionados del Programa de Identificación de Clientes] *disponible en* http://www.ffiec.gov/bsa_aml_infobase/pages_manual/OLM_011.htm. En octubre de 2012, el Banco de Reservas de India impuso una multa de Rs 30 lakh al Banco ICICI y Rs lakh 55 al Banco ING Vysya por violar ciertas normas relacionadas con los requisitos KYC y el blanqueo de dinero, entre otros. *RBI fines ICICI Rs 30L, ING Vysya Rs 55L*, Times of India, 10 de octubre de 2012, *disponible en* http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2012-10-10/india-business/34362046_1_rbi-fines-anti-money-icici-bank-and-rs.

⁷¹ PRICEWATERHOUSE COOPER, KNOW YOUR CUSTOMER: A QUICK REFERENCE GUIDE (2012) [CONOZCA SU CLIENTE: BREVE GUÍA DE REFERENCIA] *disponible en* <http://www.pwc.co.uk/forensic-services/issues/anti-money-laundering-know-your-customer-quick-reference-guide.jhtml>.

⁷² Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación - Las

Recomendaciones del GAFI (2012) Pág. 17, *disponible en* <http://www.fatf-gafi.org/topics/fatfrecommendations/documents/internationalstandardsoncombatingmoneylaunderingandthefinancingofterrorismproliferation-thefatfrecommendations.html>. Entre los miembros del GAFI se encuentran 34 estados y 2 organizaciones regionales, la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo, además de otras organizaciones regionales como miembros cooperantes.

⁷³ Las Recomendaciones del GAFI exhortan a las instituciones financieras a que emprendan medidas de diligencia debida respecto a los clientes, CDD, cuando: “(i) establecen relaciones comerciales (ii) realizan transacciones ocasionales: (i) por encima del umbral aplicable designado (USD/EUR 15.000); o (ii) están ante transferencias electrónicas en las circunstancias que aborda la Nota Interpretativa de la Recomendación 16; (iii) existe una sospecha de blanqueo de activos o financiamiento del terrorismo; o (iv) la institución financiera tiene dudas sobre la veracidad o idoneidad de los datos de identificación sobre el cliente obtenidos previamente” *Id.*

⁷⁴ Según las normas del GAFI: Las medidas de CDD que deben tomarse son las siguientes:

- (a) La identificación del cliente y verificación de la identidad de ese cliente utilizando documentos fiables e independientes, datos o información.
- (b) La identificación del beneficiario y adopción de medidas razonables para verificar su identidad. De esta manera, la institución financiera sabrá realmente quién es el beneficiario efectivo. Para las personas jurídicas y otros instrumentos debe incluirse la comprensión por las instituciones financieras de la estructura de propiedad y el control del cliente.
- (c) La comprensión y, en su caso obtención de información sobre el propósito y la naturaleza de la relación comercial.
- (d) El seguimiento continuo de la relación comercial y el análisis de las operaciones realizadas durante el curso de esa relación para asegurar que las operaciones que se realizan son coherentes con el conocimiento que la institución tiene del cliente, sus negocios y perfil de riesgo, incluyendo, cuando sea necesario, el origen de los fondos.

Id.

⁷⁵ Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria: “Diligencia Debida respecto a los Clientes”, CDD para los Bancos (2001) *disponible en* <http://www.bis.org/publ/bcbs85.htm>.

⁷⁶ Comunicado de Prensa, Banco de Pagos Internacionales, Customer due diligence: a new level of commitment among bank supervisors [Diligencia Debida respecto a los clientes: un nuevo nivel de compromiso entre los supervisores bancarios] (19 de septiembre de 2002) *disponible en* <http://www.bis.org/press/p020919a.htm>.

⁷⁷ OFICINA DE CONTROL DE ACTIVOS EXTRANJEROS (OFFICE OF FOREIGN ASSETS CONTROL, “OFAC”), SPECIALLY DESIGNATED NATIONALS AND BLOCKED PERSONS LIST [LISTA DE CIUDADANOS ESPECIALMENTE DESIGNADOS Y PERSONAS BLOQUEADAS] (16 de noviembre de 2012). *disponible en* <http://www.treasury.gov/ofac/downloads/t11sdn.pdf>.

⁷⁸ Véase OFAC, GUIDANCE ON ENTITIES OWNED BY PERSONS WHOSE PROPERTY AND INTERESTS IN PROPERTY ARE BLOCKED [GUÍA DE ENTIDADES EN MANOS DE PERSONAS CUYAS PROPIEDADES E INTERESES EN PROPIEDADES ESTÁN BLOQUEADOS] (Feb. 14, 2008), *disponible en* http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/licensing_guidance.pdf.

⁷⁹ Véase U.S. Dep't. of the Treasury Resource Center, Frequently Asked Questions and Answers (Departamento del Tesoro Estadounidense, Centro de Recursos. Preguntas y Respuestas Frecuentes), *disponible en* <http://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/answer.aspx#116>.

⁸⁰ Id.

⁸¹ Véase U.S. Dept. of the Treasury Resource Center, When should I call the OFACHotline? (¿Cuándo debo llamar a la Línea Directa de la OFAC?), *disponible en* <http://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/directions.aspx>.

⁸² OFAC Economic Sanctions Enforcement Guidelines [Directrices para la Aplicación de Sanciones Económicas], 31 C.F.R. § 501, App. A. (2012), *disponible en* http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?c=ecfr&tpl=/ecfrbrowse/Title31/31cfr501_main_02.tpl.

⁸³ Las consultas también revelaron, sin embargo, que los gobiernos deben asignar los recursos adecuados y aplicar correctamente los requisitos reglamentarios, a fin de que las solicitudes de debida diligencia sean eficaces y útiles. Los expertos legales advirtieron que las entidades gubernamentales a menudo no revisaban en detalle las evaluaciones de impacto medioambiental y otros tipos de informes de cumplimiento meramente formales, y que algunos Estados carecen de personal institucional y recursos para evaluar adecuadamente la naturaleza de las comunicaciones de la empresa.

⁸⁴ *Principios Rectores*, nota *supra* 4, ¶ 17 (“El proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos debe ponerse en marcha lo antes posible cuando se emprende una nueva actividad o se inicia una relación comercial. . .”).

⁸⁵ Algunos ejemplos de procesos de aprobación que requieren el ejercicio de la diligencia debida para proyectos nacionales:

- Canadá: Ley de Evaluación Medioambiental de 2012
- República Democrática del Congo: El Código de Minas
- Ghana: El Código de Minas
- India: Ley de Protección Medioambiental
- India: Prácticas (Propuestas) de Adquisición de Tierras
- India: Ley relativa a la 73ª Enmienda Constitucional de 1992
- Japón: Evaluación de Impacto Medioambiental
- Nigeria: Ley sobre la Evaluación de Impacto Medioambiental y sobre Vertidos de Petróleo en las Aguas
- Estados Unidos: La Ley que regula la Política Medioambiental Nacional.

Sin duda alguna, se podrían examinar muchos otros ejemplos potenciales. Según una fuente, se estima que más de 130 países han adoptado un procedimiento de evaluación medioambiental de algún tipo. Kersten, nota *supra* 66.

⁸⁶ Entre los ejemplos de requisitos de diligencia debida relativos a proyectos de desarrollo en el extranjero se incluyen:

- La Corporación Financiera Internacional: Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones
- Canadá: Agencia Canadiense de Desarrollo de las Exportaciones
- China: Reglamentos y Directrices sobre gestión de la seguridad para las empresas extranjeras y su personal
- Estados Unidos: Banco Estadounidense de Importación y Exportación
- Estados Unidos: Corporación para la Inversión Privada en el Extranjero

Véanse también Los Principios de Ecuador (2006) disponibles en <http://www.equator-principles.com> (Cuando una institución financiera privada, miembro de los Principios de Ecuador, participa en la financiación de un proyecto en el extranjero, también se le exigirá que aplique las Normas de Desempeño antes de comprometerse en la financiación. Esta es una asociación voluntaria privada de instituciones financieras en el mundo desarrollado)

⁸⁷ The Environment Protection Act, N° 29 de 1986, INDIA CODE (1986), vol. 20, disponible en <http://envfor.nic.in/legis/env/env1.html>.

⁸⁸ Environment Impact Notification, 2006, Boletín Oficial de India, Part 2, Section III(ii) (14 de septiembre de 2006).

⁸⁹ Véase Agencia de Protección del Medio Ambiente de Ghana (sin fecha), disponible en http://www.inece.org/indicators/proceedings/04h_ghana.pdf.

⁹⁰ Id.

⁹¹ Convenio relativo al acceso a la información, a la participación del público y al acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus), 25 de junio de 1998, 2161 U.N.T.S. 447.

⁹² Id., art. 5, ¶ 6

⁹³ Reglamento 1367/2006, 2006 O.J. (L 264) 13, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:264:0013:0013:EN:PDF>.

⁹⁴ Directiva 2001/42/CE del Consejo, 2001 O.J. (L 197) 30, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:197:0030:0030:EN:PDF>.

⁹⁵ Véase, entre otros, la Ley canadiense de Evaluación Medioambiental (Canadian Environmental Assessment Act), de 2012, S.C. 2012, c. 19, disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-15.21/index.html>.

⁹⁶ Los Ejemplos abordan todos estos temas. Véanse, en general, las Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional (1 de enero de 2012), disponibles en http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/115482804a0255db96bffd1a5d13d27/PS_English_2012_Full-Document.pdf?MOD=AJPERES; California Environmental Quality Act, Pub. Res. § 21000 (West 2012), disponible en <http://www.leginfo.ca.gov/cgi->

[bin/waisgate?WAISdocID=32380920108+0+0+0&WAISaction=retrieve](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title42/pdf/USCODE-2011-title42-chap55.pdf); Nat'l Env'tl. Policy Act of 1969, 42 U.S.C. §4321 (2012), *disponible en* <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title42/pdf/USCODE-2011-title42-chap55.pdf>; EPA Audit Policy, nota *supra* 20.

⁹⁷ Por ejemplo, las políticas de la Corporación Financiera Internacional ("IFC") exigen que se integren todos los acuerdos de desempeño, incluidas las medidas de mitigación, los parámetros de funcionamiento, etc., en los documentos de aprobación del proyecto y la propia CFI supervisa el cumplimiento de dichos acuerdos a lo largo de la vida del proyecto. *Id.*

⁹⁸ Los procedimientos de seguimiento deben incluir, como mínimo: (1) los documentos del crédito que obligarían al reembolso inmediato en caso de incumplimiento de las medidas de mitigación, (2) disposiciones para el seguimiento asiduo y la presentación periódica de informes, (3) un proceso abierto para recibir y tramitar las reclamaciones de las comunidades afectadas, y (4) la dotación de personal y recursos suficientes para que la agencia revise, investigue y haga un seguimiento de los casos de incumplimiento. *Id.*

⁹⁹ El término se utiliza en las directrices de la CFI, que tienen amplias disposiciones relativas a la necesidad de obtener la aceptación del proyecto por parte de estas comunidades.

¹⁰⁰ Véase OVERSEAS PRIVATE INV. CORP, OPIC (CORPORACIÓN DE ESTADOS UNIDOS PARA LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL EXTRANJERO), ENVIRONMENTAL AND SOCIAL POLICY STATEMENT, [DECLARACIÓN DE LAS POLÍTICAS SOCIALES Y MEDIOAMBIENTALES] ¶ 5.7. ("5.7 Para los proyectos que puedan presentar impactos adversos significativos potenciales sobre las comunidades afectadas (*Project Affected People*), la OPIC deberá garantizar antes de aprobar un proyecto que: (1) el Solicitante se compromete a informar a las comunidades y grupos afectados según la Norma de Desempeño 1; y (2) que el proyecto goza de un amplio apoyo por parte de la comunidad (Broad Community Support) (Véase el Glosario).") (énfasis en el original).

¹⁰¹ Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, El Peruano 449529 art. 4, 7 de Septiembre de 2011 (Perú), *disponible en* www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leves/29785.pdf.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*, art. 2

¹⁰⁴ Nat'l Env'tl. Policy Act of 1969 ("NEPA"), 42 U.S.C. §4321 (2012), *disponible en* <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title42/pdf/USCODE-2011-title42-chap55.pdf>.

¹⁰⁵ *Id.*; California Environmental Quality Act [Ley de California sobre la Calidad del Medio Ambiente], PUB. RES. § 21000 (West 2012).

¹⁰⁶ Los títulos de las ocho Normas de Desempeño reflejan claramente los temas que la IFC tiene en cuenta en el ejercicio de la diligencia debida:

2. En conjunto, las ocho Normas de Desempeño definen las normas que el cliente 1 debe respetar durante todo el ciclo de inversión de la IFC:

Norma de Desempeño 1: Evaluación y manejo de los riesgos e impactos ambientales y sociales

Norma de Desempeño 2; Trabajo y condiciones laborales

Norma de Desempeño 3: Eficiencia del uso de los recursos y prevención de la contaminación

Norma de Desempeño 4: Salud y seguridad de la comunidad

Norma de Desempeño 5: Adquisición de tierras y reasentamiento involuntario

Norma de Desempeño 6: Conservación de la biodiversidad y manejo sostenible de los recursos naturales vivos

Norma de Desempeño 7: Pueblos Indígenas

Norma de Desempeño 8: Patrimonio cultural

IFC, Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social, nota supra 101.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ IFC, *Manual de Procedimientos de Revisión Ambiental y Social* (Versiones: 1 (17 de marzo de 2010), 4 (14 de agosto de 2009), 5 (15 de septiembre de 2010) y 6 (3 de junio de 2011)), *disponible en*

<http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/190d25804886582fb47ef66a6515bb18/ESRPManual.pdf?MOD=AJPERES>.

¹⁰⁹ IFC, Notas de Orientación: Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social, Nota de Orientación 44 a la Norma de Rendimiento 1 (2012):

Empresas y Derechos Humanos

Los conceptos claves de derechos humanos pueden encontrarse en la Carta Internacional de Derechos Humanos, que consta de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). NO5 Si bien los estados tienen el deber primordial de implementar las obligaciones contenidas en estos instrumentos, las compañías del sector privado tienen la responsabilidad de respetar estos derechos humanos en sus operaciones. Varios análisis importantes de las actividades empresariales y los derechos humanos examinaron recientemente la importancia de los derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos para los proyectos y llegaron a la conclusión de que, si bien no puede descartarse la posibilidad de que las actividades empresariales puedan afectar todos los derechos humanos expresados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, existen determinados derechos que son particularmente pertinentes en las actividades empresariales.

¹¹⁰ Véase IFC, *Manual de Procedimientos de Revisión Ambiental y Social*, nota supra 109.

¹¹¹ Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), *Política sobre Sostenibilidad Medioambiental y Social* (1 de octubre de 2007), *disponible en* http://www.miga.org/documents/enviro-social-review_021507.pdf.

¹¹² Export Development Canada, *Environmental and Social Review Directive* (2010), *disponible en* <https://www.edc.ca/EN/About-Us/Corporate-Social-Responsibility/Environment/Documents/environment-social-review-directive.pdf>; Export Development Canada, *Environmental and Social Risk Management Policy* (2010), *disponible en* línea en: EDC <http://www.edc.ca/EN/About-Us/Corporate-Social-Responsibility/Environment/Documents/enviro-policy.pdf>; OPIC, *Environmental and Social*

Policy Statement (U.S.), nota *supra* 107 (En conformidad con esta política, los solicitantes están obligados a rellenar un documento que demuestre su capacidad para respetar las Normas de Desempeño a lo largo de todo el proyecto.).

¹¹³ Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, at 23, COM (2002) 347 final (7 de marzo de 2002).

¹¹⁴ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, 2004 DOCE (L 134) 114 (enmendada en 2005).

¹¹⁵ *Id.*, art. 46, Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales del 31 de marzo 2004, art. 55, 2004 DOCE (L 134) 1.

¹¹⁶ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, 2000 O.J. (L 303) 16; ¹¹⁶ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, 1976 O.J. (L 39) 40 (*enmendada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 2002 O.J. (L 269) 15*) (sustituída por la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*, 2006 O.J. (L 204) 23).

¹¹⁷ Directiva 2004/18/CE, nota *supra* 114, art. 46; Directiva 2004/17/CE, nota *supra* 114, art. 55.

¹¹⁸ Kankyō buppin'nado no chōtatsu no suishin-tō ni kansuru hōritsu Kuni-tō ni yoru [Gurīn kōnyū][Licitaciones 'Ecológicas'], Ley N° 100 de 2000, Artículos 3, 12, y 13 (Japón), *disponible en* <http://www.env.go.jp/en/laws/policy/green/index.html>.

¹¹⁹ Hwangyeong Chinhwajeog in Jepum-ui Gumae ui Gyeoglyeo e Ttala Haengdong [Ley por la que se Promociona la Compra de Productos Respetuosos con el Medio Ambiente], Ley n° 10030, 4 de febrero de 2010 (Corea del Sur).

¹²⁰ Zhèngfǔ cǎigòu fǎ [Ley de Compras del Gobierno] 1999 (Taiwán).

¹²¹ De conformidad con 48 C.F.R. § 22.1503 (2012) (“En ausencia de cualquier conocimiento efectivo de que el certificado es falso, el oficial contratante deberá confiar en los certificados de los oferentes a la hora de tomar una decisión sobre la adjudicación.”).

¹²² Strengthening Protections Against Trafficking in Persons in Federal Contracts, Exec. Order No. 13627, [Reforzar la Protección contra la Trata de Personas en los Contratos Federales, Orden Ejecutiva] Reglamento Federal 77 60029 (25 de septiembre de 2012), *disponible en* <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/09/25/executive-order-strengthening-protections-against-trafficking-persons-fe>.

¹²³ *Id.*, § 2(a)(1)(A).

¹²⁴ *Id.* La Orden Ejecutiva prohíbe a los contratistas, subcontratistas y sus empleados:

-
- Servirse de prácticas de contratación engañosas o fraudulentas en la selección de empleados, tales como ocultar información básica o incurrir en la tergiversación o falseamiento de los principales términos y condiciones de empleo, incluidos los salarios y prestaciones sociales, el lugar de trabajo, las condiciones de vida y vivienda (si el empleador la proporcionada o la concierta), cualquier coste significativo a cargo del trabajador, o, llegado el caso, la naturaleza peligrosa del trabajo;
 - Facturar a los trabajadores cualquier tipo de honorarios por contratación;
 - Destruir, ocultar, confiscar o negar de cualquier otra manera el acceso de un empleado a sus documentos de identidad, tales como pasaportes o permisos de conducir, y
 - No abonar los costes de transporte de regreso al término del contrato de empleo, para un empleado que no sea nacional del país en el que trabaja y que haya sido desplazado a ese país con el fin de trabajar en un contrato o subcontrato con el Gobierno de EE.UU.

¹²⁵ Véase, en general, Davis-Bacon Act, 40 U.S.C.A. § 3141 (West 2012), 29 C.F.R. 5.5 (2012); Walsh-Healey Public Contract Act, 41 U.S.C.A. §§ 6501-6511 (West 2012), 48 C.F.R. 22.602 (2012); McNamara-O’Hara Service Contract Act, 41 U.S.C.A. §§ 6701-6707 (West 2012), 29 C.F.R. 4.110 (2012).

¹²⁶ Orden Ejecutiva n° 13627, nota *supra* 113, § 2(a)(2)(B).

¹²⁷ 48 C.F.R. § 52.222-50 (2012).

¹²⁸ Orden Ejecutiva n° 13627, nota *supra* 113, § 2(a)(3).

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ 40 U.S.C.A. § 3141 (West 2012).

¹³¹ 40 U.S.C.A. § 3142 (West 2012).

¹³² Servicios incluidos en una ley similar: the Service Contract Labor Act, 41 U.S.C.A. § 6702 (West 2012).

¹³³ “Asistido” significa que el proyecto ha sido financiado en parte o en su totalidad por préstamos, subvenciones o garantías de los Estados Unidos. 29 C.F.R. § 5.2(o) (2012).

¹³⁴ 40 U.S.C.A. § 3142.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ 29 C.F.R. § 5.5 (2012).

¹³⁷ 29 C.F.R. § 5.5(a)(6).

¹³⁸ *E.g.*, 29 C.F.R. § 5.5(a)(6) (2012); *Ball, Ball & Brosamer, Inc. v. Reich*, 24 F.3d 1447, 1453 n.2 (D.C. Cir. 1994) (“Como contratista principal, Ball fue igualmente responsable del pago de los salarios debidos a los trabajadores de Red Rock.”); *Northern Colorado Constructors, Ltd., WAB Case No. 86-31* (Dec. 14, 1987) (“la Ley Davis-Bacon sí crea una obligación contractual para el contratista principal que deberá abonar los importes que su subcontratista debe a sus empleados”); *Nat’l Fire Ins. Co. of Hartford v. Fortune Const. Co.*, 320 F.3d 1260, 1276 (11th Cir. 2003) (Las normas federales aplicables a los contratos y subcontratos en virtud de la Ley Davis-Bacon

estipulan que "[e]l principal contratista será responsable del cumplimiento de las normas por parte de cualquier subcontratista por debajo de éste. . .").

¹³⁹ 29 C.F.R. §§ 5.5-6.

¹⁴⁰ John Kramer, *Removing Barriers to Opportunity: A Constitutional Challenge to The Davis-Bacon Act*. [Eliminar las Barreras de las Oportunidades: Un desafío constitucional de la Ley Davis-Bacon] The Institute for Justice, disponible en <http://www.ij.org/davis-bacon-act-background-2>.

¹⁴¹ Lov Statens pensjonsfond [Ley relativa al Fondo de Pensiones del Gobierno] N° 123, 21 de diciembre de 2005 (Noruega).

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ Recomendación de la OCDE sobre planteamientos comunes en relación con los créditos a la exportación apoyados oficialmente y los procesos de debidas diligencias sociales y ambientales, TAD/ECG (28 de junio de 2012) 5, disponible en <http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=tad/ecg%282012%295&doclanguage=en>.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ OECD, *Recomendación sobre planteamientos comunes en relación con el medio ambiente y los créditos a la exportación apoyados oficialmente*, TAD/ECG (12 de junio de 2007).

¹⁴⁸ Los Planteamientos Comunes incluyen un apéndice con una lista ilustrativa de los proyectos de Categoría A, entre los que se encuentran: las plantas termoeléctricas, las grandes presas, las instalaciones de producción de combustible nuclear, la extracción y el procesamiento del amianto, las refinerías de petróleo, los grandes proyectos de tala y minería, las iniciativas en áreas sensibles y los proyectos relacionados con el reasentamiento involuntario de un número significativo de personas afectadas. *Id.*

¹⁴⁹ Los Autores agradecen la colaboración de Matthias Sant'Ana en este capítulo; la OCDE publicó una revisión de las prácticas de los Estados miembros en 2010, según la cual: "si bien los sistemas de revisión medioambiental de los Estados miembros siguen siendo muy dispares y si bien algunos Miembros tienen poca o ninguna experiencia en la gestión de proyectos con posibles consecuencias negativas para el medio ambiente, la mayoría de los Estados miembros disponen de sistemas para seleccionar las solicitudes que recibirán apoyo oficial, que son ampliamente conformes a los requisitos mencionados en la Recomendación de 2007. No obstante, siguen persistiendo algunas diferencias con respecto, por ejemplo, a la selección de las solicitudes, la revisión de los proyectos y de sus posibles impactos adversos sobre el medio ambiente, la comparación con las normas nacionales e internacionales y la divulgación pública de la información relativa al proyecto y al impacto medioambiental." Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Créditos a la Exportación y Garantías de Crédito, *Export Credits and the Environment: 2010 Review of Members' Responses to the Survey on the Environment and Officially Supported Export Credits*, [Créditos a la Exportación y Medio Ambiente: Revisión de las Respuestas de los Miembros a la Encuesta de 2010 sobre Medio Ambiente y Créditos a la Exportación Apoyados Oficialmente] Pág. 2, TAD/ECG (10 de diciembre de 2010) 10.

¹⁵⁰ Grupo de Trabajo sobre créditos a la exportación y garantías de crédito de la OCDE *Recomendación al Consejo sobre la Corrupción y los Créditos a la Exportación Apoyados Oficialmente*, TD/ECG (18 de diciembre de 2006) 24.

¹⁵¹ Bonnie Penfold, *Labour and Employment Issues in Foreign Direct Investment: Public Support Conditionalities*, Documento de Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) n° 95.

¹⁵² MARKUS KNIGGE ET AL., *THE USE OF ENVIRONMENTAL AND SOCIAL CRITERIA IN EXPORT CREDIT AGENCIES' PRACTICES [EL USO DE CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES Y SOCIALES EN LAS PRÁCTICAS DE LAS AGENCIAS DE CRÉDITOS A LA EXPORTACIÓN]* (2003) *disponible en* http://www.ecologic.de/download/projekte/1800-1849/1809/1809wcd_ecas_en.pdf.

¹⁵³ *Toelichting op het OS-bedrijfsleveninstrumentarium [Aclaraciones sobre el Instrumento de Comercio e Industrial]*, 1 de mayo de 2012 (Países Bajos), *disponible en* <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/05/01/kamerbrief-over-bedrijfsleveninstrumenten-ontwikkelingssamenwerking/kamerbrief-over-bedrijfsleveninstrumenten-ontwikkelingssamenwerking.pdf>.

¹⁵⁴ Esta información fue proporcionada por L. van der Burg, Ministerio Neerlandés de Asuntos Exteriores, Departamento de Desarrollo Económico Sostenible.

¹⁵⁵ *Tax Relief and Health Care Act of 2006*, Pub. L. No. 109-432 § 5 (enmendada en 2008).

¹⁵⁶ 19 U.S.C.A. § 2701 (West 2000).

¹⁵⁷ 19 U.S.C.A. § 2703a(a)(3) (West 2008).

¹⁵⁸ *Acuerdo Bilateral de Comercio Textil de 1999 entre Estados Unidos y Camboya*.

¹⁵⁹ Proyecto de la OIT para la mejora de las fábricas de Camboya, <http://www.betterfactories.org/>.

¹⁶⁰ *Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 de septiembre 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa*, Art. 2, 1984 D. O. (L 250) 17 (modificada en 1998).

¹⁶¹ *Id.*, Art. 3.

¹⁶² *Id.*, Art. 4 §1.

¹⁶³ *Id.*, Art. 6.

¹⁶⁴ *Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas a los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo ("Directiva sobre prácticas comerciales desleales")*, 2005 DOCE (L 149) 22.

¹⁶⁵ *Id.*, Art. 2(f) ("código de conducta": acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos").

¹⁶⁶ *Id.*, Art. 6(1)(b).

¹⁶⁷ Directiva del Consejo 84/450/CEE, art. 4, DOCE de 1984 (L 250).

¹⁶⁸ *Id.*, Art. 2(g) ("responsable del código": cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un código de conducta y/o de supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo").

¹⁶⁹ *Id.*, Art. 10.

¹⁷⁰ Véase Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb [UWG] [Ley Contra la Competencia Desleal], 3 de marzo de 2010, BUNDESGESETZBLATT, Teil I [BGBl. I] en 254 §5(a) (Alemania), disponible en http://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/index.html.

¹⁷¹ Demanda contra la cadena de supermercados de descuento alemana Lidl y su campaña publicitaria relativa a su participación en la Iniciativa de Cumplimiento Social de la Empresa (BSCI); <http://www.ecchr.de/lidl-case/articles/lidl-retracts-advertisements.html>.

¹⁷² Sólo son competentes las agencias de consumo en virtud de la UWG. La HH VZ fue apoyada por el Centro Europeo para los Derechos Humanos y Constitucionales y la Campaña Ropa Limpia de Alemania. <http://www.ecchr.de/index.php/lidl-case.html>.

¹⁷³ *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* (Reglamento sobre la Protección de los Consumidores contra las Prácticas Comerciales Desleales) 2008, S.I. 2008/1277 (Reino Unido), disponible en http://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/pdfs/uksi_20081277_en.pdf.

¹⁷⁴ *Id.*, § 17.

¹⁷⁵ OFFICE OF FAIR TRADING, THE CONSUMER PROTECTION FROM UNFAIR TRADING REGULATIONS (OFICINA BRITÁNICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES CONTRA LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES) 2008, disponible en http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/cpregs/oft979.pdf.

¹⁷⁶ 15 U.S.C.A. § 45 (West 2012).

¹⁷⁷ *Kasky v. Nike, Inc.*, 45 P.3d 243 (Cal. 2002).

¹⁷⁸ *Nike, Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 654; 123 S. Ct. 2554 (2003).

¹⁷⁹ Véase, respectivamente, el Reglamento (CE) n° 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 sobre la etiqueta ecológica europea, DO 2010 (L 27) 1; Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), 2009 DO (L 342) 1. Véase también la Decisión de la Comisión, de 7 de diciembre de 2011, relativa a una guía sobre el registro corporativo de organizaciones de la UE, de terceros países y de ámbito mundial, de conformidad con el Reglamento (CE) no 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), 2011 DO (L 330) 25.

¹⁸⁰ Reglamento (CE) N° 1221/2009, Preámbulo, 8° Considerando.

¹⁸¹ Véase originalmente el Reglamento (CEE) n° 1836/93 del Consejo, de 29 de junio de 1993, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, 1993 O.J. (L 168) 1.

¹⁸² Reglamento (CE) n° 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 19 de marzo 2001 por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales ("EMAS I"), de 2001, DO (L 114) 1; Corrección de errores del Reglamento (CE) n° 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo 2001 por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales ("EMAS II"), 2002 DO (L 327) 10; Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales ("Reglamento EMAS III"), 2009 DO (L 342) 1 (por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de 25 de noviembre de 2009).

¹⁸³ Véase el Reglamento (CE) N° 1221/2009, Art. 4.

¹⁸⁴ Reglamento (CE) N° 1221/2009, Art. 15.

¹⁸⁵ Reglamento (CE) N° 1221/2009, Art. 12(1)(a). Además, solo podrá inscribirse una organización en el registro EMAS si "no hay reclamaciones relevantes de las partes interesadas o las reclamaciones se han resuelto de manera positiva." *Id.*, art. 13(2)(d).

¹⁸⁶ Véase el Reglamento (CE) N° 1221/2009, Art. 20 y Art. 28.

¹⁸⁷ Loi visant a promouvoir la production socialement responsable [An Act to Promote Socially Responsible Production] of Feb. 27, 2002, MONITEUR BELGE [M.B.] [Boletín Oficial de Bélgica], 26 de marzo de 2002 (enmendada posteriormente por el Real Decreto (Arrêté royal) del 4 de abril de 2003, *Moniteur belge*, 28.8.2003).

¹⁸⁸ Este comité para la producción socialmente responsable está compuesto por 8 miembros nombrados por los departamentos ministeriales competentes, 2 representantes de la patronal, dos representantes de los sindicatos de trabajadores, 2 representantes de las organizaciones de consumidores, y 2 representantes de las ONG de desarrollo. *Id.*

¹⁸⁹ Esta auditoría tiene dos componentes, una revisión "documental" (investigación basada en todas las fuentes de información disponibles sobre el proceso de producción del bien o servicio en cuestión) y una serie de 'visitas' (que incluyen visitas de campo, entrevistas con los empleados o proveedores, entre otros). Véase Arrêté ministériel du 7 avril 2003 approuvant le règlement d'ordre intérieur du Comité pour une production socialement responsable [Decreto Ministerial del 7 de abril de 2003 por el que se aprueban las normas de procedimiento del Comité para la Producción Socialmente Responsable], MONITEUR BELGE [M.B.] [Diario Oficial Belga], 28 de agosto de 2003.

¹⁹⁰ CODE DE COMMERCE [C. COM.] Art. L225-102-1 (Francia), *disponible en* <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000022496405&cidTexte=LEGITEXT000005634379>.

¹⁹¹ Ley N° 2594, del 6 de diciembre de 2007, B.O.C.B.A. 2859 (Argentina), *disponible en* http://www.buenosaires.gov.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=113295&qu=c&ft=0&cp=

[&rl=1&rf=&im=&ui=0&printi=&pelikan=1&sezion=1094340&primera=0&mot toda=&mot frase=&mot alguna=.](#)

¹⁹² *Id.*, Art. 13

¹⁹³ *Id.*, Art. 3

¹⁹⁴ La Página web del Gobierno Danés sobre RSE incluye una traducción no oficial de la disposición relativa a la divulgación de información en virtud de la Ley enmendada sobre los Estados Financieros (artículo 99 bis) y los comentarios explicativos en <http://www.csrgov.dk/graphics/Samfundsansvar.dk/Dokumenter/Proposal Report On Social Resp.pdf>.

¹⁹⁵ *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, § 155(1). Al contrario que otros grandes países federados, Canadá no tiene una autoridad central reguladora de los títulos de valores. Las comisiones de títulos de valores provinciales y territoriales cooperan juntas a través de los Administradores Canadienses de Títulos de Valores.

¹⁹⁶ CAN. SEC. ADM'R, NATIONAL INSTRUMENT 52-107 ACCEPTABLE ACCOUNTING PRINCIPLES AND AUDITING STANDARDS, B.C. Reg. 382/2010, *disponible en* <http://www.ocs.gov.on.ca>.

¹⁹⁷ Los Estados Financieros se preparan de acuerdo con los "Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (PCGA)", en conformidad con el manual de la CICA. *Canadian Institute of Chartered Accountants*, [Instituto Canadiense de Contables Colegiados] Manual de Contabilidad, *disponible en* <http://www.cica.ca/publications/cica-handbook/index.aspx>.

¹⁹⁸ CAN. SEC. ADM'R, NATIONAL INSTRUMENT 51-102 CONTINUOUS DISCLOSURE REQUIREMENTS, § 6.1, *disponible en* <http://www.osc.gov.on.ca/en/13342.htm>.

¹⁹⁹ CAN. SEC. ADM'R, NATIONAL INSTRUMENT 43-101 STANDARDS OF DISCLOSURE FOR MINERAL PROJECTS, § 19(g), *disponible en* <http://www.osc.gov.on.ca>.

²⁰⁰ Form 51-102F2, especialmente, §§ 5.1(1)(k), 5.1(4) y 5.2.

²⁰¹ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (España). Se sugiere, para más información: Inst. para la inversión responsable. Esfuerzos actuales de Divulgación de la Responsabilidad Social de las Empresas por parte de los Gobiernos Nacionales y los Mercados de Valores (2012)

²⁰² Discurso sobre el Presupuesto 2007 del Primer Ministro Yab Dato' Seri Abdullah Bin Haji Ahmad Badawi, (1 de septiembre de 2006) (Malasia).

²⁰³ InSight at Pacific Community Ventures & The Initiative for Responsible Investment at Harvard University Case Study 15: Corporate Responsibility Disclosure: Impact Investing: A Framework for Policy Design and Analysis" (enero de 2011) [Divulgación de la Responsabilidad de las Empresas: Invertir en Impacto: Un Marco para el Diseño y Análisis de Políticas].

²⁰⁴ Financial Services Reform Act [Ley de Reforma de los Servicios Financieros] 2001 (Cth) (Australia.), *disponible en* <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2004A00891>.

²⁰⁵ En virtud de la Ley de California de Transparencia de la Cadena de Suministro, una empresa deberá informar si:

-
- (1) Participa en la verificación de las cadenas de suministro de productos para evaluar y reducir los riesgos de trata de seres humanos y esclavitud. En sus informes, la empresa deberá especificar si una tercera parte no ha llevado a cabo la verificación.
 - (2) Lleva a cabo auditorías de los proveedores para evaluar el cumplimiento de las normas por parte de éstos en relación con la trata y la esclavitud en las cadenas de suministro. En sus informes, la empresa deberá especificar si la verificación no fue una auditoría independiente e inesperada.
 - (3) Exige a los proveedores directos que certifiquen que los materiales incorporados en el producto respeten las leyes sobre la esclavitud y la trata de seres humanos del país o de los países en los que operan.
 - (4) Respeta los protocolos de rendición de cuentas y procedimientos sancionatorios internos para empleados o contratistas que no cumplan con las normas de la empresa con respecto a la esclavitud y la trata de personas.
 - (5) Proporciona a los empleados y a la dirección de la empresa, con responsabilidad directa en la gestión de la cadena de suministro, una formación adecuada sobre trata de personas y esclavitud, en particular con respecto a la mitigación de los riesgos dentro de las cadenas de suministro de productos.

En el caso de que la empresa no cuente con una página web, los consumidores recibirán los informes por escrito en los 30 días siguientes al envío de la solicitud de información por escrito a la empresa en cuestión.

California Transparency in Supply Chains Act, Civ. § 1714.43 (West 2012), *disponible en* http://www.leginfo.ca.gov/.html/civ_table_of_contents.html.

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010).

²⁰⁸ *Id.*, at § 1502(e)(4) (Los "minerales de guerra" se definen como: "(A) columbita-tantalita, también conocida como coltán (el mineral de metal del que se extrae el tantalio); casiterita (el mineral de metal del que se extrae el estaño); oro; wolframita (el mineral de metal del que se extrae el tungsteno), o sus derivados, o (B) cualquier otro mineral o sus derivados, determinados por la Secretaría de Estado, por ser los minerales que sirven a financiar el conflicto en la República Democrática del Congo o un país colindante. El término no incluye los minerales que se encontraron fuera de los países cubiertos antes del 31 de enero de 2013, ni los minerales que se obtienen a partir de chatarra o materiales reciclados)

²⁰⁹ *Id.*, § 1502 (e)(1) ("País colindante" o "país cubierto" se define como "un país que comparte una frontera internacionalmente reconocida con la República Democrática del Congo, lo que actualmente incluye: Angola, Burundi, la República Centroafricana, la República del Congo, Ruanda, Sudán del Sur, Tanzania, Uganda y Zambia")

²¹⁰ SEC, Disclosing Use of Conflict Minerals [Informar sobre el Uso de Minerales procedentes de Zonas de Conflicto], 17 C.F.R. 240 y 249b (2012), *disponible en* <http://www.sec.gov/rules/final/2012/34-67716.pdf>.

²¹¹ *Id.*

²¹² *Id.*, § 13(p) (exige que la información divulgada por la empresa contratante esté disponible para su consulta pública a través de su página web).

²¹³ La norma final requiere que la diligencia debida de una empresa se ajuste a un marco nacional o internacionalmente reconocido de diligencia debida. La "Guía de diligencia debida para la gestión responsable de la cadena de suministro de minerales provenientes de zonas de conflicto y zonas de alto riesgo" [véase el Ejemplo mencionado en este Apéndice] cumple con los criterios de la SEC y puede ser utilizada como marco para satisfacer los requerimientos de la norma final por la cual la empresa deberá ejercer la diligencia debida para determinar el origen y la cadena de custodia de sus minerales de guerra. Véase la Guía de diligencia debida de la OCDE para la gestión responsable de la cadena de suministro de minerales provenientes de zonas de conflicto y zonas de alto riesgo (2011), Publicaciones de la OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264111110-en>.

²¹⁴ El objetivo de la auditoría, tal y como menciona el preámbulo, es "expresar una opinión o conclusión sobre si el diseño del marco del que ejerce la debida diligencia, establecido en el Informe de Minerales en zonas de conflicto, con respecto al período que abarca el informe, es conforme. Esta conformidad debe darse en todos sus aspectos significativos, a los criterios establecidos en el marco de la diligencia debida reconocido nacional o internacionalmente, utilizado por la empresa, y también si su descripción de las medidas de diligencia debida realizadas, según se menciona en el Informe de Minerales en zonas de conflicto, con respecto al período cubierto por el informe, es consistente con el proceso de debida diligencia al que se comprometió en un principio".

²¹⁵ Principios Rectores, nota *supra* 4.

²¹⁶ 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*, § 3.6 HR/PUB/12/02, en 22 (2012).

²¹⁷ Como se explica en el Comentario 43 de las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, op. cit., "Las relaciones de negocios" de una empresa engloban las relaciones con sus socios comerciales, los agentes de su cadena de suministro y otros actores no públicos y agentes del Estado directamente ligados a sus actividades comerciales, bienes o servicios."

²¹⁸ *Id.*, en los Comentarios del ¶¶ 21-23. En lo que al uso de su poder o a la capacidad de influir en el comportamiento de los suministradores u otros socios comerciales, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales proponen ejemplos concretos de posibles soluciones:

21. Las Directrices reconocen que existen límites prácticos a la capacidad de las empresas para forzar a sus suministradores a cambiar su comportamiento. Esta limitación se deriva de las características de los productos, el número de suministradores, la estructura y complejidad de la cadena de suministro y también de la posición de mercado de la empresa respecto a sus suministradores u otras

entidades de la cadena de suministro. Siendo esto así, las empresas pueden también influenciar a sus suministradores por medio de acuerdos tales como los contratos de gestión, las obligaciones de precalificación de los potenciales suministradores, pactos de accionistas, o contratos de licencia o franquicia. Entre otros factores que pueden ser tenidos en cuenta para determinar la respuesta adecuada a los riesgos identificados se puede citar la gravedad de las incidencias negativas o del grado de importancia del suministrador para la empresa.

22. Desde el punto de vista de la relación de negocios, las respuestas apropiadas pueden tomar diversas formas: continuación de la relación con el suministrador durante todo el período de atenuación de riesgos; suspensión temporal de la relación mientras se continúan los esfuerzos de atenuación del riesgo; ruptura de la relación con el suministrador, bien tras el fracaso de los esfuerzos de atenuación, bien porque la empresa considere que no es posible ninguna atenuación, o bien a causa de la gravedad de la incidencia negativa. La empresa debería también tener en cuenta las eventuales incidencias negativas, en el plan social y económico, de una decisión de ruptura de la relación.

23. Las empresas pueden también comprometerse con los suministradores y otras entidades de la cadena de suministro para mejorar sus actuaciones, en cooperación con otras partes interesadas, principalmente gracias a la formación de personal u otras formas de refuerzo de capacidades y para ayudarles a integrar, en sus prácticas profesionales, los principios de conducta responsable compatibles con las Directrices. Cuando los suministradores tienen numerosos clientes y se enfrentan a obligaciones contradictorias impuestas por los diferentes compradores, se estimula a las empresas, teniendo debidamente en cuenta las preocupaciones relativas a la competencia, a participar en los esfuerzos colectivos desplegados en su sector de actividad conjuntamente con otras empresas con las que tienen suministradores comunes a fin de coordinar sus políticas respecto a la cadena de suministro y a las estrategias de gestión de riesgos, incluidos los intercambios de información.

²¹⁹ Arbeitnehmer-Entsendegesetz [AEntG] [Código de los Trabajadores], 26 de febrero de 1996, Bundesgesetzblatt, Teil I [BGBl. I] Pág. 227, última revisión por Gesetz [G], 20 de abril de 2009, BGBl. I Pág. 799 (Alemania)

²²⁰ Ley por la que se Enmienda el Código Penal (Westray Bill), S.C. 2003, c. 21 (Canadá), *disponible en* <http://www.parl.gc.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=E&Mode=1&billId=9812322>.

²²¹ En efecto, varios órganos de defensa de los derechos humanos afirman que los Estados “deberían impedir que terceros conculquen esos [derechos humanos] en otros países siempre que puedan ejercer influencia sobre esos terceros por medios legales o políticos, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable” Véase, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14 (2000), *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), ¶ 39; o Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15 (2002), *El derecho al agua* (Arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (26 de

noviembre de 2002), ¶ 31, en especial en relación con las empresas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declaró además que: “los Estados partes también deben tomar medidas para impedir que empresas con domicilio social en su jurisdicción vulneren los derechos humanos en el extranjero, sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados de acogida en virtud del Pacto.” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales, ¶ 5 U.N. Doc. E/C.12/2011/1 (20 de mayo de 2011); Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, Informe de Canadá, ¶ 17 U.N. Doc. CERD/C/CAN/CO/18 (25 de mayo de 2007).

²²² Caso Trail Smelter (*United States v. Canada*), 3 R.I.A.A. 1905 (1941); véase también la opinión disidente del juez Weeramantry al dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, en la que, refiriéndose al principio de que “no debe causarse daño a otras naciones”, el juez Weeramantry consideró que la afirmación de Nueva Zelanda de que los ensayos nucleares deben prohibirse cuando puedan conllevar un riesgo de impacto en la población de ese país, debía considerarse “en el contexto del [citado] principio profundamente arraigado, basado en el sentido común, la jurisprudencia, las convenciones internacionales y el derecho internacional consuetudinario”. *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons* [Legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares], Dictamen Consultivo, 1996 I.C.J. 103 (8 de julio).

²²³ En el caso del Canal de Corfú, si bien queda claro que una actividad no puede ser atribuida a un Estado debido meramente al hecho de que tuvo lugar en su territorio, la Corte Internacional de Justicia, no obstante, señaló que “el Estado en cuyo territorio o en cuyas aguas se produzca un acto contrario a la legislación internacional, puede ser llamado a dar una explicación:” cuando el Estado haya tenido o debería haber tenido conocimiento de que las actividades ilegales en virtud del derecho internacional (es decir, las actividades que pudieran constituir una violación del derecho internacional si se imputasen al Estado en cuestión) fueron perpetrados en su territorio y causaron daños a otro Estado, se espera del Estado primero que tome medidas para evitar que se produzcan o, si ya se han producido, para evitar que continúen. *Canal de Corfú (U.K. v. Alb.)*, 1949, I.C.J. 4, 18 (9 de abril). El control territorial también influye en la carga de la prueba imputada al Estado demandante que tiene que demostrar que el Estado territorial no ha cumplido con sus obligaciones en virtud del derecho internacional. Si bien “no se puede concluir por el mero control ejercido por el Estado sobre su territorio y sus aguas, que el Estado necesariamente sabía, o debería haber tenido conocimiento de cualquier hecho ilícito perpetrado en el mismo, ni tampoco que necesariamente sabía o que debería haber sabido quiénes eran los autores; este control territorial exclusivo ejercido por un Estado dentro de sus fronteras tiene una incidencia sobre los métodos de prueba disponibles para establecer el conocimiento de ese Estado sobre este tipo de eventos. Debido a este control exclusivo, el otro Estado, víctima de una violación del derecho internacional, a menudo es incapaz de aportar la prueba directa de los hechos que dan lugar a la responsabilidad. Dicho Estado debería poder disponer de un recurso más amplio en relación con las deducciones de los hechos y las pruebas circunstanciales. Este tipo de pruebas indirectas se admite en todos los sistemas de derecho, y su uso ha quedado reconocido en varias decisiones internacionales. Debe ser considerado como de importancia especial cuando se base en una serie de hechos vinculados entre sí que lleven lógicamente a una sola conclusión.” *Id.*

²²⁴ Ian Brownlie, *SYSTEM OF THE LAW OF NATIONS: STATE RESPONSIBILITY* 165 (1983). *See also* Nicola Jägers, *CORPORATE HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS: IN SEARCH OF ACCOUNTABILITY* 172 (2002) [OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: LA RENDICIÓN DE CUENTAS] 172 (2002) (a raíz del "principio general formulado en el caso del Canal de Corfú, según el cual un Estado tiene la obligación de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para actos contrarios a los derechos de otros Estados - el Estado de origen puede ser considerado responsable si no ha actuado con la diligencia debida en relación con la supervisión de las empresas matrices que estén efectivamente bajo su control").

²²⁵ Véase nota *supra* 57.

²²⁶ Véase nota *supra* 58.

²²⁷ *Id.*

²²⁸ Bribery Act 2010, c. 23 (Reino Unido) *disponible en* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>.

²²⁹ *Id.*

²³⁰ Reglamento 44/2001 del Consejo, 2001DOCE (L 12) 1, *disponible en* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do%3Furi%3DOJ:L:2001:012:0001:0023:en:PDF>. Este Reglamento se aplica a todos los Estados Miembros, excepto a Dinamarca, para todas las acciones interpuestas a partir del 1 de marzo de 2002.

²³¹ Véase H. GAUDEMET-TALLON, *COMPÉTENCE ET EXÉCUTION DES JUGEMENTS EN EUROPE*, [COMPETENCIA Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EUROPA] Reglamento n° 44/2001, Convenios de Bruselas y Lugano, (3ª ed. 2002); Wendy Kennett, *The Brussels I Regulation [El Reglamento de Bruselas I]*, 50 *Int'l & Compl. L.Q.* 725 (2001); Droz and Gaudemet-Tallon, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* [La transformación del Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 en el Reglamento del Consejo sobre la competencia jurídica, el reconocimiento y la ejecución en materia de derecho civil y comercial], 90 *Revue Critique de Droit International Prive* 601 (2001); A. Nuyts, *La communautarisation de la Convention de Bruxelles* [Regionalización del Convenio de Bruselas], 6035 *Journal des Tribunaux* 913 (2001); Guus E. Schmidt, *De EEX-Verordening: de volgende stap in het Europese procesrecht* [el Reglamento Bruselas I: el siguiente paso en la Legislación Procesal Europea], *NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT* 150 (2001); N. Watté, A. Nuyts y H. Boularbah, *Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* [El Reglamento Bruselas I sobre la competencia jurídica, el reconocimiento y la ejecución en materia de derecho civil y comercial], *Journal des Tribunaux Droit Europe* 161 (2002).

²³² *Rechtbank 's-Gravenhage* 30 de diciembre de 2009, *JOR* 2010, 41 m.nt. Mr. RGJ de Haan (el Pueblo Nigeriano contra Shell) (Países Bajos).

²³³ *Motto v. Trafigura*, [2011] EWHC (QB) 90206, *disponible en* www.gwslaw.co.uk/wp-content/uploads/2011/07/Trafigura-v-Motto.doc.

²³⁴ Véase Gerrit Betlem, *Transnational Litigation Against Multinational Corporations Before Dutch Civil Courts* [Litigios Transnacionales contra empresas multinacionales ante los tribunales

civiles holandeses], en LIABILITY OF MULTINATIONAL CORPORATIONS UNDER INTERNATIONAL LAW 283, [RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL] (M.T. Kamminga y S. Zia-Zarifi eds., 2000).

²³⁵ 42 U.S.C.A. § 12112(c)(2)(A) (West 2012).

²³⁶ 42 U.S.C.A. § 12112(c)(2)(B) (West 2012).

²³⁷ Este apartado detalla los procedimientos de diligencia debida mencionados en las legislaciones nacionales descritas en el Capítulo II y en los ejemplos recibidos por los Autores.

²³⁸ Ejemplos de estos esfuerzos incluyen la *Fair Labor Association* (textiles), los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos (industrias extractivas) y el proceso que condujo a la Guía de diligencia debida de la OCDE para la gestión responsable de la cadena de suministro de minerales provenientes de zonas de conflicto y zonas de alto riesgo (también para industrias extractivas).

UN PROYECTO DE:



Los Autores y los Responsables del Proyecto están especialmente agradecidos a la CIDSE por haber facilitado la traducción del presente Informe.

