

PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE: TEORÍA VS. REALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA "DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL"*

Ana Carretero García

Profesora Titular de Derecho civil

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Ante la ausencia de estándares legales que definan obligaciones para las empresas y acceso a la justicia en los casos de vulneración de derechos humanos y medio ambiente, parece que existen algunos esfuerzos por iniciar procesos de transición hacia mejores niveles de sostenibilidad económica, social y medioambiental. Sin embargo, las medidas voluntarias en diligencia debida existentes hasta ahora no han logrado avances significativos ni en la prevención ni en la reparación de los efectos adversos, por lo que se plantea la posibilidad de pasar de un sistema de recomendaciones a un marco jurídicamente vinculante.

El objetivo de este trabajo es abordar el recorrido de algunos de esos mecanismos voluntarios y la construcción de la noción, así como analizar las propuestas normativas que al respecto se negocian en el seno de Naciones Unidas, en la Unión Europea y en España con el fin de determinar si la debida diligencia puede configurarse como un mecanismo capaz de situar de forma eficaz la protección de los derechos humanos y el medio ambiente como guía de actuación en el ámbito empresarial.

Palabras clave: Derechos humanos, medio ambiente, debida diligencia, responsabilidad empresarial, Proyecto de Tratado de Naciones Unidas, Propuesta de Directiva de la Unión Europea, Anteproyecto de ley española.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado "Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible", con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana y en el marco del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 "El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final" cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García.

Title: The protection of human rights and the environment: theory vs. reality in “corporate due diligence”.

Abstract: In the absence of legal standards defining obligations for companies and access to justice in cases of human rights and environmental violations, there seems to be some efforts to initiate transition processes towards better levels of economic, social, and environmental sustainability. However, voluntary measures have not made significant progress in either preventing or remedying adverse effects, so it is considered desirable to move from a framework of recommendations to a legally binding framework.

The purpose of this paper is to address some of the rules of soft law and the notion of due diligence, and then to analyse the different regulatory proposals that are being negotiated in this regard within the United Nations, the European Union and Spain to find out if due diligence can be configured as a mechanism capable of effectively placing the protection of human rights and the environment as a guide for action in the business framework.

Keywords: Human rights, environment, due diligence, corporate liability, United Nations Treaty, European Union Directive, Draft law in Spain.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS MECANISMOS VOLUNTARIOS. 3. LA NOCIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA. 4. LOS PROYECTOS NORMATIVOS. 4.1. El Proyecto de Tratado Vinculante de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos. 4.2. La Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. 4.3. El Anteproyecto de ley de protección de derechos humanos, sostenibilidad y diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales. 5. CONSIDERACIONES FINALES. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Desde la presentación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 en 2015¹, parece que existe una preocupación creciente por el respeto a los derechos humanos y el medio ambiente, así como mayores esfuerzos para iniciar procesos de transición hacia mejores niveles de sostenibilidad económica, social y medioambiental.

Parece que cobra peso también la idea de que no sólo los Estados tienen la obligación de prevenir, respetar, garantizar y adoptar medidas para protegernos en estos ámbitos. ¿Eso significa que cabe la posibilidad de que las empresas transnacionales se responsabilicen por la vulneración de los derechos humanos y por el incumplimiento de las normas medioambientales?

¹ Resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas A/RES/70/1 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” (https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf).

Las normas internacionales obligan a los Estados, pero no a los particulares, así que son numerosas las dudas que se plantean. ¿Es posible dotar de subjetividad internacional a las empresas transnacionales? ¿Puede exigírseles responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos al margen del derecho internacional penal? ¿O sólo pueden ser los derechos internos los que les impongan obligaciones?

Aunque existen más preguntas que respuestas, lo cierto es que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) negocia un tratado, la Unión Europea (UE) pretende aprobar una directiva y algunos países ya cuentan o tienen la intención de elaborar normas al respecto a nivel nacional. Mientras tanto contamos con un entramado, esencialmente no obligatorio, compuesto por principios rectores, medidas voluntarias e instrumentos de *soft law*.

2. LOS MECANISMOS VOLUNTARIOS

Dentro del ámbito internacional, y sólo por mencionar algunos ejemplos, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico aprobó en 1976 (con algunas revisiones posteriores) sus Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, en las que se recogen una serie de recomendaciones no vinculantes para una conducta empresarial responsable cuando operen en países adherentes o tengan su sede en ellos con el objetivo de promover que las empresas contribuyan positivamente al progreso económico, medioambiental y social en todo el mundo, mitigando el posible impacto negativo derivado de su actividad. Asimismo, en 2018, la OCDE aprobó una Guía de debida diligencia para una conducta empresarial responsable, cuyo objetivo es brindar apoyo práctico a las empresas con el fin de evitar y abordar los impactos negativos que podrían asociarse con sus actividades, cadenas de suministro y otras relaciones comerciales, con respecto a los trabajadores, los derechos humanos, el medio ambiente, el cohecho, los consumidores y el gobierno corporativo².

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya aprobó en 1977 (también sin carácter vinculante) la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (modificada en distintas ocasiones y dirigida a estados, empresas y sindicatos)³. Su objetivo es proporcionar orientación en esferas como el empleo, la formación, las condiciones de trabajo y de vida, etc., apoyándose en los principios contenidos en las normas internacionales de trabajo (sin mucho éxito a la vista de las cifras de explotación laboral, trabajo forzoso, trabajo infantil, etc. que existen en el mundo). En 1998 se completó con la Declaración sobre los principios y los derechos fundamentales en el trabajo (enmendada en 2022), refiriéndose también a la libertad de asociación, al derecho de negociación colectiva,

² <https://mnequidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

³ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf

la eliminación de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio, así como a la abolición efectiva del trabajo infantil la discriminación en el empleo⁴.

Por otro lado, el Pacto Mundial de Naciones Unidas (*Global compact*, 1999) se considera la mayor iniciativa voluntaria de responsabilidad empresarial a nivel internacional⁵. A esta iniciativa, basada en 10 principios⁶, se han sumado numerosas multinacionales y distintas organizaciones como, por ejemplo, el Comité Olímpico internacional o la FIFA (cuyo resultado respecto a las condiciones de trabajo en la construcción de infraestructuras en el último mundial de fútbol deja pocas dudas sobre la eficacia de este tipo de herramientas).

Posteriormente, el Consejo de Derechos Humanos aprobó en 2008 el Informe presentado por John Ruggie “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos” basado en tres pilares: la obligación del Estado de proteger frente a violaciones de los derechos humanos por parte de terceros; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y la necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de remedio efectivas, judiciales o no judiciales⁷.

Dicho informe pretendía establecer las bases para un desarrollo normativo posterior, refiriéndose a la diligencia debida como las medidas que debe tomar una empresa para tener conocimiento, prevenir y responder a los efectos negativos que pudiera causar. Para ello las empresas deben disponer de cuatro elementos: contar con una política de derechos humanos; evaluar los efectos en los derechos humanos de las actividades de la empresa; integrar esos valores y conclusiones en las culturas empresariales y los sistemas de gestión; y proceder al seguimiento y la preparación de informes al respecto.

Es preciso tener en cuenta que, en origen, la diligencia debida en el ámbito corporativo es una práctica procedimental dirigida a analizar el riesgo en interés de las propias empresas (que habitualmente cuentan con sistemas de información y control para evaluar y gestionar los riesgos financieros y conexos). Mientras que, en

⁴https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf

⁵ <https://www.un.org/es/crónica-onu/el-pacto-mundial-de-la-onu-la-búsqueda-de-soluciones-para-retos-globales>

⁶ Relativos a derechos humanos (nº1. Apoyar y respetar la protección de los derechos humanos; nº2. No ser cómplice de abusos de los derechos); ámbito laboral (nº3. Apoyar los principios de la libertad de asociación y sindical y el derecho a la negociación colectiva; nº4. Eliminar el trabajo forzoso y obligatorio; nº5. Abolir cualquier forma de trabajo infantil; nº6. Eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación); medio ambiente (nº7. Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente; nº8. Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; nº9. Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente); y anticorrupción (nº10. Las empresas e instituciones deberán trabajar contra la corrupción en todas sus formas).

⁷ Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Doc. A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008 (https://www.observatoriorisc.org/wp-content/uploads/2013/11/Proteger_respetar_remediar_abril2008.pdf).

el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son los Estados los que tienen la obligación de proteger a los individuos bajo su jurisdicción de las violaciones perpetradas no sólo por sus propios órganos, sino también de las actividades perjudiciales realizadas por particulares. Un Estado incumple sus obligaciones cuando no ejerce la diligencia debida para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño causado por personas o entidades privadas.

Ruggie trataba así de combinar elementos ya existentes en el ámbito de la debida diligencia con elementos distintivos de los derechos humanos. Como indica MARTÍN-ORTEGA, su informe trata de utilizar una terminología que resulte familiar tanto desde el punto de vista de los derechos humanos como desde la práctica de la gestión empresarial. Con ello se pretende traducir la diligencia debida que las empresas acostumbran a realizar en sus relaciones y transacciones comerciales a la esfera de los derechos humanos. Se presenta, por tanto, como un nuevo estándar cuyo origen es un híbrido entre el concepto de diligencia debida existente en el ámbito de la gobernanza corporativa y el desarrollado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸.

Sobre esa base, en 2011, se crea otro instrumento internacional compuesto por 31 principios articulados en torno a tres ejes relativos al deber de los Estados de proteger frente a la vulneración de los derechos humanos por parte de terceros (empresas incluidas); a la responsabilidad de respetar los derechos humanos por parte de las empresas; y al acceso efectivo de las víctimas a la reparación. Se pretende así alcanzar un mínimo consenso global que sirva como alternativa ante las dificultades para cerrar un tratado internacional vinculante. De modo que los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas (aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en la resolución 17/4 de 16 de junio) se configuran como el primer instrumento sobre debida diligencia en derechos humanos adoptado por una organización internacional con el objetivo de prevenir las violaciones de los derechos humanos por parte de la actividad empresarial ante la ausencia de gobernabilidad de la economía mundial⁹.

Asimismo, se crea un Grupo de Trabajo cuyo fin es promover la divulgación para la aplicación efectiva y global de los Principios Rectores; un Foro dirigido por el Grupo de Trabajo para examinar las tendencias y los problemas de aplicación de los Principios Rectores, promover el diálogo y la cooperación acerca de las cuestiones relacionadas con las empresas y los derechos humanos y definir buenas prácticas; así como una Guía dirigida a facilitar la aplicación de los Principios Rectores¹⁰.

⁸ MARTÍN-ORTEGA, Olga, "La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad", *Papeles el tiempo de los derechos*, N.º9, 2013, págs.3, 4 y 7. Sobre el análisis del concepto en el ámbito del Derecho Internacional ver más ampliamente LOZANO CONTRERAS, José Fernando, *La noción de diligencia debida en Derecho Internacional Público*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.

⁹ https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/quidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

¹⁰ NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de la Naciones Unidas para "proteger,*

Se supone, por tanto, que las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas en las que tengan alguna participación¹¹. En concreto, el Principio Rector 15 establece que, para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias a través de un compromiso político de respeto; de un proceso de diligencia debida para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; y de procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.

Por su parte, el Principio Rector 17 se refiere a la debida diligencia como un proceso continuo de gestión que realiza una empresa de manera prudente y razonable a la luz de las circunstancias y en el sector en que opera para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos, prevenir riesgos y realizar políticas a tal efecto¹². Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben actuar con la debida diligencia. 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; así como el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas¹³.

Mientras que el Principio Rector 18 establece que, a fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas, ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe: a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes; y b) Incluir consultas sustantivas con los

respetar y remediar”, Nueva York y Ginebra, 2011 (https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf)

¹¹ Sobre la explotación ilícita de recursos naturales, financiación de conflictos armados, trabajo forzoso infantil y violaciones de derechos humanos ver más ampliamente DE SCHUTTER, Olivier, *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

¹² La responsabilidad de las empresas se refiere a respetar 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 OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

¹³ En este sentido, la debida diligencia en materia de derechos humanos: a) Debe abarcar la 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 directas 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 consecuencia 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.

grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación.

En opinión de MARTÍN-ORTEGA, por un lado, los Principios Rectores incluyen elementos de gobernanza corporativa, a través de la introducción de la necesidad de la identificación previa del riesgo como un ejercicio sistemático y de la flexibilidad del concepto según el tamaño y la actividad empresarial. Mientras que, por otro, también incluyen elementos de Derecho Internacional de Derechos Humanos, en particular, la necesidad de remediar una vez que se ha producido el daño y de proporcionar un mecanismo adecuado para ello. Se podría argumentar entonces que los Principios Rectores buscan extender la obligación de remediar el daño (con mecanismos adecuados para ello) de los Estados a las empresas. Sin embargo, dada su naturaleza no jurídicamente obligatoria, y el hecho de que no se establezcan consecuencias para la falta de cumplimiento, los Principios Rectores no generan requisitos jurídicos con consecuencias específicas a nivel nacional o internacional¹⁴.

Los citados son sólo algunos de los ejemplos más significativos, pero, como vemos, tanto en el ámbito del derecho internacional como en el ámbito empresarial proliferan las recomendaciones e iniciativas de derecho blando. El problema es que, sin ningún tipo de control respecto a los compromisos asumidos a través de este tipo de vías, la adhesión se convierte fácilmente en una estrategia de marketing y la diligencia debida en otro eslogan de moda más vacío de contenido real.

Por otra parte, aunque la vulneración de los derechos humanos no debe mitigarse, sino evitarse, el enfoque que impregna las distintas iniciativas tiene, como mucho, carácter preventivo. De modo que sólo futuros desarrollos normativos a nivel internacional, comunitario y nacional podrían dar lugar a mecanismos eficaces de protección (suponiendo que no terminen finalmente diluidos a través de los distintos mecanismos de presión).

3. LA NOCIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA

Pero, antes de analizar las diversas propuestas normativas, quizás resulte conveniente detenerse, siquiera sea brevemente, sobre la propia noción de diligencia debida porque, a pesar de su utilización, y como señala GUAMÁN HERNÁNDEZ, no existe un concepto definido o delimitado al respecto. La doctrina lo define por su finalidad como “concepto contenedor” orientado a proteger los intereses de la empresa a través de un conjunto de prácticas, procedimientos, protocolos, análisis y gestión interna que permiten obtener la información necesaria para diseñar las estrategias de la empresa y tomar las decisiones oportunas en el mercado. Asimismo, aparece en el ámbito del derecho de inversiones, pero configurando obligaciones de actuación de diligencia debida para los Estados con el fin de proteger los intereses de los inversores extranjeros.

¹⁴ MARTÍN-ORTEGA, *op. cit.*, pág.13.

Por otro lado, y más allá de su desarrollo en el ámbito corporativo, aparece también en el marco del derecho internacional público como una obligación de conducta por parte de un sujeto de derecho internacional. Las violaciones realizadas por agentes privados no pueden atribuirse a un Estado, por lo que el incumplimiento por parte del Estado no deriva del acto concreto en sí, sino de la insuficiente diligencia en la prevención y/o sanción del sujeto privado con el fin de impedir la comisión de la violación o, en su caso, de repararla¹⁵.

En realidad, no existe consenso sobre cuál debe ser el contenido y alcance de la propia noción. Como señala MÁRQUEZ CARRASCO, en el contexto empresarial, la diligencia debida se configura como proceso de investigación de hechos y datos para identificar y gestionar los riesgos comerciales, incluido el potencial de responsabilidad legal, antes de realizar una transacción o actividad comercial determinada (a las empresas les interesa llevar a cabo a fondo este proceso para identificar y prevenir los riesgos comerciales y financieros que les afectan)¹⁶.

Por tanto, en el ámbito corporativo, la diligencia debida como práctica empresarial nace orientada a la evaluación de riesgos en el ámbito de las transacciones financieras y comerciales con el fin de aumentar los beneficios y como instrumento utilizado para diseñar las estrategias de las empresas en el mercado. Aunque, a medida que se han desarrollado iniciativas nacionales e internacionales, la noción ha pasado de ser un estándar de prevención de riesgos para las transacciones comerciales a convertirse en un estándar de control de conducta empresarial¹⁷.

Por otro lado, en el ámbito del Derecho Internacional el concepto se ha configurado como una obligación de comportamiento, pero no como una obligación de resultado. Según las reglas de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, el Estado solo es responsable por los actos que le son atribuibles y que constituyen una violación de sus obligaciones internacionales. Para que los actos de actores privados puedan dar lugar a responsabilidad del Estado, la conducta tiene que ser dirigida o controlada por el Estado, o reconocida y adoptada por el mismo como propia, algo que no suele ocurrir respecto a las actividades comerciales desplegadas por empresas privadas. No es la conducta de vulneración del actor privado, sino la del Estado que no lleva a cabo la debida diligencia la que puede desencadenar su posible responsabilidad internacional.

Como vemos, la noción de diligencia debida no tiene su origen en el ámbito propio de los derechos humanos, aunque posteriormente también haya sido adoptada dentro de ese marco. En este sentido, y por lo que respecta al Derecho Internacional

¹⁵ GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, "Diligencia debida en derechos humanos: ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales?", *Revista de Derecho Social*, N° 95, 2021, págs.70 y 71.

¹⁶ MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen, "Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: orígenes, evolución y perspectivas de futuro", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.14, N°2, pág.608.

¹⁷ Sobre este punto ver más ampliamente MARTÍN-ORTEGA, O., "Human rights due diligence for corporations: From voluntary standards to hard law at last", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32 (1), 2014, págs.44-74.

de los Derechos Humanos, apunta MÁRQUEZ CARRASCO que se ha desarrollado una obligación positiva para los Estados de debida diligencia dirigida a prevenir o reprimir violaciones de derechos humanos cometidas por actores no estatales, incluidas las empresas. Por lo tanto, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la debida diligencia ha sido aplicada como un estándar de conducta que los Estados deben cumplir para proteger los derechos humanos dentro de su jurisdicción¹⁸.

Por otra parte, mientras unas veces se utiliza el término de diligencia debida en las cadenas de suministro (como es el caso, entre otros, de los documentos de la OIT), otras veces se utiliza el término de diligencia debida en las cadenas de valor (como es el caso, entre otros, de los documentos de la ONU). La Guía para la interpretación de los Principios Rectores antes mencionada indica que “la cadena de valor de una empresa está constituida por las actividades que convierten los insumos en productos mediante la adición de valor. Incluye a las entidades con las que mantiene una relación empresarial directa o indirecta y que bien: a) proporcionan productos o servicios que contribuyen a los propios productos o servicios de la empresa; o b) reciben productos o servicios de la empresa”.

En cualquier caso, el enfoque se centra en intentar avanzar en el esfuerzo de prevenir, pero no en el de alcanzar el resultado de evitar. Por tanto, la duda que se plantea es si este tipo de mecanismos pueden jugar o no un papel realmente transformador. ¿La noción de “diligencia debida” o “debida diligencia” en las “cadenas de suministro” o en las “cadenas de valor”, entendida como una especie de regla de “conducta esperada”, será aplicada *motu proprio*? ¿Gracias a la generosidad y la buena voluntad?

Resulta un tanto sorprendente esperar que determinado tipo de empresas actúen con arreglo a criterios éticos cuando incumplen sistemáticamente buena parte de la normativa vigente y cuando ni siquiera la mayoría de los países han desarrollado los marcos jurídicos necesarios para garantizar que la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) sean justiciables (tampoco tras el intento del Protocolo Facultativo del PIDESC de establecer una especie de procedimiento de “denuncias” individuales, en vigor desde mayo de 2013¹⁹).

Dentro del marco del Protocolo Facultativo, las “comunicaciones” (no se habla expresamente de denuncias) podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos enunciados en el PIDESC por ese Estado. Tras examinar las comunicaciones planteadas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene la obligación de hacer llegar a las partes interesadas su dictamen al respecto, junto con sus recomendaciones, si las hubiere. Sin embargo, el Protocolo Facultativo ha sido ratificado por muy pocos Estados, lo

¹⁸ MÁRQUEZ CARRASCO, *op. cit.*, págs.609 y 610.

¹⁹ <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-international-covenant-economic-social-and>

que significa que, en realidad, la inmensa mayoría de los países no han desarrollado los marcos jurídicos necesarios para garantizar que los derechos consagrados en el PIDESC sean justiciables. Este tipo de procedimientos recuerda a los gobiernos su responsabilidad de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. El problema es que el Comité no cuenta con mecanismos diseñados para imponer el cumplimiento de sus decisiones; lo que en la práctica se traduce en que las personas afectadas por las vulneraciones difícilmente podrán ejercer sus derechos y exigir las correspondientes responsabilidades a los Estados titulares de las obligaciones.

Como apunta GUAMÁN HERNÁNDEZ, a pesar del entusiasmo que parece haber despertado, la diligencia debida en derechos humanos se configura como un instrumento preventivo, propio de la gestión empresarial *ad intra* y en ningún caso construido para asegurar la responsabilidad empresarial por los daños efectivamente causados ni para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas. La diligencia impone una obligación de medios, de esfuerzo para prevenir o mitigar los riesgos de violaciones de derechos humanos, por ello, las sanciones que puedan establecerse se vinculan al incumplimiento de esta labor preventiva, no a la efectiva comisión de la violación. Esto queda fuera del mecanismo de diligencia, siendo objeto de una obligación distinta que debe igualmente regularse en el ámbito supranacional y que requiere de mecanismos de sanción diferentes. De modo que, en el caso de las violaciones cometidas por empresas transnacionales la inexistencia de garantías frente a las violaciones cometidas a lo largo de sus cadenas implica la impunidad de las corporaciones y la indefensión de las víctimas²⁰.

Ante esta situación, y en opinión de DELGADO ARRABAL, la sociedad reclama cada vez más que las empresas implementen medidas tendentes a asegurar este comportamiento ético no sólo en su actividad empresarial, sino que extiendan este compromiso a lo largo de toda su cadena de suministro, de manera que los productos que ofrezcan ya no tengan únicamente la mejor relación calidad/precio, sino que a su vez sean sostenibles en todas las etapas de su producción. Como respuesta a esas demandas, algunas empresas de la UE están desplegando procesos internos voluntarios de diligencia debida. El surgimiento de estas normas de autorregulación tiene así una doble lectura: puede interpretarse por un lado como un intento de estas compañías de mitigar situaciones indeseables y, por otro, estas nuevas buenas prácticas pueden suponer, comunicadas convenientemente, una ventaja competitiva frente a un cliente comprometido al que se fideliza con estas medidas²¹.

Quizás pueda parecer que es posible avanzar algo con la irrupción en el escenario del mecanismo de la diligencia debida, pero no hay que olvidar que se trata de una herramienta a la que no parece que se le asigne un rol que vaya más allá del ámbito de la prevención. Así que lo cierto es que hasta ahora no puede afirmarse que un

²⁰ GUAMÁN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs.92 y 93.

²¹ DELGADO ARRABAL, María Luisa, "La propuesta de directiva de diligencia debida medioambiental y de derechos humanos en las cadenas de suministro", en *Estudios Jurídicos sobre Sostenibilidad: Cambio Climático y Criterios ESG en España y la Unión Europea*, José María de Paz Arias (Dir.) y María Luisa Delgado Arrabal (Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2023, págs.450 y 451.

enfoque no obligatorio haya articulado una vía capaz de generar buenas prácticas en ninguno de los marcos analizados.

No obstante, parece que existe la esperanza de que a través de este tipo de instrumentos sea posible generar un mínimo común denominador que después pueda dar lugar a aunar los esfuerzos de los Estados a través de sus actuaciones, los de las empresas a través de sus mecanismos de autorregulación y los de una sociedad cada vez más concienciada capaz de ejercer presión en esa dirección (porque por supuesto cuenta con recursos económicos suficientes para poder ejercer la facultad de elección). En este último aspecto, y sin obviar la cuota que sin duda como ciudadanía nos corresponde, una vez más se traslada la responsabilidad a las personas consumidoras para que sean ellas las que con sus decisiones de compra combatan las prácticas empresariales contrarias a los derechos humanos y el medio ambiente, operando a través de una especie de “sanciones individuales correctoras del mercado” (a pesar de que no existan mecanismos de control que aseguren ni la veracidad de la información transmitida por las empresas, ni la práctica de la diligencia debida, ni un régimen sancionador en caso de incumplimiento).

Son necesarios, por tanto, sistemas de responsabilidad que permitan sancionar a las empresas por las vulneraciones realizadas de forma directa o a través de los agentes intervinientes en su cadena de valor, por lo que resulta imprescindible contar con normas jurídicamente vinculantes que establezcan garantías para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos y la protección del medio ambiente.

4. LOS PROYECTOS NORMATIVOS

4.1. El Proyecto de Tratado Vinculante de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos

Como hemos apuntado, en el seno de la ONU se negocia desde hace tiempo un Tratado sobre empresas y derechos humanos, cuyo objetivo es elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular las actividades de las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El proyecto de Tratado establece que los Estados Parte exigirán a las empresas que adopten la debida diligencia en materia de derechos humanos proporcionalmente a su tamaño, riesgo de graves repercusiones en los derechos humanos y a la naturaleza y el contexto de sus operaciones. Se trata de: a) Identificar y evaluar cualquier abuso real o potencial de los derechos humanos que pueda surgir de sus propias actividades comerciales o de sus relaciones comerciales; b) Adoptar las medidas adecuadas para impedir, prevenir y mitigar de manera efectiva los abusos de los derechos humanos reales o potenciales que la empresa causa o a las que contribuye mediante sus propias actividades, o a través de entidades o actividades que controla o administra, y toma las medidas razonables y apropiadas para prevenir o mitigar los abusos con los que está directamente vinculada sus relaciones comerciales; c) Supervisar la

eficacia de sus medidas para prevenir y mitigar los abusos de los derechos humanos, incluso en sus relaciones comerciales; d) Comunicarse regularmente y de manera accesible a las partes interesadas, en particular a las personas afectadas o potencialmente afectadas, para dar cuenta de cómo abordan a través de sus políticas y medidas cualquier abuso real o potencial de los derechos humanos que pueda surgir de sus actividades, incluso en sus relaciones comerciales.

Se prevé que el incumplimiento de las obligaciones que se establezcan dé lugar a sanciones proporcionales, incluidas, en su caso, medidas correctoras (sin perjuicio de las disposiciones sobre responsabilidad penal, civil y administrativa que correspondan).

Los Estados deben evitar que las empresas que operen en su territorio causen efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente; mientras que las empresas tienen la obligación de respetar y no vulnerar los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Como señala FERNÁNDEZ LIESA, el Derecho internacional se ha construido desde una estructura jurídica en la cual los Estados son los obligados por las normas internacionales de derechos humanos y en la que los seres humanos son los titulares de dichos derechos. Pero esta ecuación deja fuera a las empresas, a pesar de que cuentan con una enorme capacidad de influencia, todavía más acentuada tras la liberalización del sistema económico internacional a partir de los años noventa, que se ha llevado a cabo soslayando los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo. Obviamente, la eficacia de los derechos humanos internacionalmente reconocidos no sólo depende de los Estados, sino también de las empresas²².

Partiendo de los Principios Rectores, el Tratado debería definir obligaciones imperativas de diligencia debida para las empresas transnacionales y otras empresas, también con respecto a sus filiales; comprender el reconocimiento de obligaciones extraterritoriales de los Estados en materia de derechos humanos y la adopción de medidas normativas al respecto; comprender el reconocimiento de la responsabilidad penal de las empresas; incluir mecanismos de coordinación y cooperación entre los Estados en los ámbitos de investigación, procesamiento y ejecución en casos transfronterizos; y prever el establecimiento de mecanismos internacionales de carácter judicial y extrajudicial para fines de supervisión y ejecución.

La ONU pretende establecer mecanismos de control y normas tanto de carácter voluntario como vinculante para el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. En este sentido, y tras la adopción en 2011 de los Principios Rectores ya mencionados, se constituyó, a través de la Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/26/9 de 2014, un Grupo de Trabajo Intergubernamental cuyo

²² FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., “La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.14, Nº2, 2022, pág.429.

mandato asignado era elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas²³.

Sin duda, las enormes limitaciones de los protocolos no vinculantes actualmente existentes ponen de manifiesto la necesidad de adoptar normas que regulen el régimen de obligaciones, infracciones y sanciones de las empresas en caso de que su actividad provoque la vulneración de derechos humanos o ambientales en terceros Estados, así como la de remediar la falta de seguridad jurídica de las víctimas a la hora de contar con garantías de acceso a la justicia y la reparación.

Además, es importante recordar que buena parte de la actividad empresarial se desarrolla en países con marcos normativos de protección muy débiles en estas cuestiones. Por otra parte, la complejidad de las cadenas globales de suministro favorece todavía más las situaciones de impunidad e indefensión con graves consecuencias sobre la población y los ecosistemas, que contravienen los principios de la Agenda 2030 y condicionan gravemente la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Sin embargo, el argumento de las enormes distancias existentes entre las matrices de las empresas y los lugares en los que se lleva a cabo la producción no es excusa para justificar ni el teórico desconocimiento de las violaciones, ni la ausencia de las actuaciones necesarias para evitarlas, ni la falta de asunción de responsabilidades cuando estas se produzcan. No hay que olvidar que las matrices ejercen la dirección sobre sus proveedores respecto a los productos suministrados, configurando de manera absoluta o en buena medida las condiciones en las que se lleva a cabo toda su producción²⁴.

El borrador de Tratado sobre empresas y derechos humanos que se negocia en la ONU pretende regular las actividades de las corporaciones transnacionales y de las empresas en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos. Como apunta FERNÁNDEZ LIESA, se parte de la igual dignidad de todo ser humano, de la universalidad de sus derechos, del igual acceso a la justicia, así como de la obligación primaria de los Estados de proteger los derechos frente a abusos de terceros, incluidas las empresas, en su territorio, jurisdicción o control, del mismo modo que se recuerda que también las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. El objeto del Tratado es clarificar la obligación de los Estados de respetar, proteger y promover los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, así como las responsabilidades de las empresas, prevenir abusos de derechos humanos, asegurar el acceso a la justicia y remedios efectivos

²³ NACIONES UNIDAS. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos. Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/q14/082/55/pdf/q1408255.pdf?token=koA9MIwZutlqiSxRsp&fe=true>).

²⁴ Para profundizar sobre este aspecto ver más ampliamente LEBARGGON, G., "Subcontracting is not illegal, but is it unethical? Business ethics, forced labor, and economic success", *The Brown Journal of World Affairs*, vol.20, nº2, 2014, págs.237-249.

para las víctimas de abusos de derechos humanos (en el contexto de actividades empresariales) y facilitar la asistencia y cooperación en estas cuestiones²⁵.

El borrador define como víctima aquella persona o grupo de personas que individual o colectivamente han sufrido un daño por actos u omisiones en el contexto de actividades empresariales y que constituyen un abuso de derechos humanos. Por otro lado, define como abuso de derechos humanos cualquier daño cometido por una actividad empresarial por actos u omisiones que impiden el pleno goce de los derechos y libertades fundamentalmente reconocidos, incluidos los derechos medioambientales. Asimismo, y entre otras disposiciones, se regulan los derechos y las medidas de protección de las víctimas, las medidas de prevención, así como su acceso a recursos y reparaciones.

En este sentido, se supone que las empresas deben reparar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que no hayan sido previstas o evitadas, de modo que, con independencia del lugar en el que operen, tienen la obligación de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Por ello es necesario que los Estados tomen las medidas apropiadas para garantizar por las vías judiciales, administrativas, etc. que correspondan que, cuando se produzcan este tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción, las personas afectadas puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.

Ningún lucro puede estar justificado por la violación de derechos humanos. Sin embargo, no parece que exista voluntad real ni por parte del sector corporativo ni por parte del estamento político actual de crear un marco jurídico internacional que establezca responsabilidades para las empresas transnacionales por las violaciones de derechos humanos que se producen a lo largo de las cadenas de valor²⁶.

De modo que, a pesar de las modificaciones realizadas en los diferentes borradores planteados por el Grupo de Trabajo de la ONU (el último de 2023²⁷), lo cierto es que las negociaciones para controlar el impacto que las actividades de las empresas generan en las relaciones comerciales y económicas mundiales sobre las personas, las comunidades y los ecosistemas siguen sin avanzar a nivel internacional.

4.2. La Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

Por lo que respecta a la Unión Europea, el teórico objetivo de avanzar en materia de sostenibilidad no es nuevo en la legislación comunitaria. De hecho, el Tratado de Ámsterdam, firmado en 1997, ya establecía la obligación de integrar la protección

²⁵ FERNÁNDEZ LIESA, *op. cit.*, pág.438.

²⁶ Ni siquiera tras el empeoramiento de la situación de millones de personas como consecuencia de la pandemia. Sobre este punto ver más ampliamente VOSS, Hinrich, “Implications of the COVID-19 pandemic for human rights and modern slavery vulnerabilities in global value chains”, *Transnational Corporations*, Vol.27 (2), 2020, págs.113-126.

²⁷ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf>

medioambiental en todas las políticas sectoriales de la UE para promover el desarrollo sostenible. Posteriormente, el Tratado de Lisboa, firmado en 2007, incluyó la lucha contra el cambio climático como objetivo específico. Por su parte, el art.3 del actual Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone, entre otras cosas, que la UE obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Además, en sus relaciones con el resto del mundo, contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de la Naciones Unidas.

Asimismo, se espera que el Pacto Verde Europeo tenga un efecto transformador en la economía, introduciendo en todos los ámbitos de actuación de la UE la sostenibilidad²⁸. Sin embargo, no se atisba desde el punto de vista práctico esa visión política de una futura UE que lleve a cabo una regulación que dé lugar a un nuevo orden social y a un nuevo modelo de crecimiento económico que otorgue prioridad a los seres humanos y al medio ambiente.

Se supone que tienen que producirse importantes cambios en los marcos regulatorios de la UE a distintos niveles, así que no hay propuesta que se precie que no haga referencia a la sostenibilidad. No existe nada que en teoría no pretenda ser sostenible, pero lo cierto es que casi nada es sostenible.

En ese proceso de “sostenibilización” aparente, también se espera que las empresas contribuyan a fomentar un desarrollo sostenible y responsable en materia de derechos humanos y medio ambiente dentro del ámbito de sus actuaciones.

Por el momento, en la UE sólo ha prestado algo de atención a los impactos adversos provocados por actividades empresariales en sectores muy concretos²⁹. Pero, al

²⁸ COM (2019) 640 final de 11 de diciembre de 2019. Sobre la transversalidad del Pacto Verde y la importancia de que el sector privado se involucre en la transformación de la economía y la sociedad ver más ampliamente CENTENO HUERTA, Sonsoles, DEL SAZ-OROZCO MONSALVE, José y CARAZO NÚÑEZ, Clara, “El Pacto Verde Europeo: la transformación del marco regulatorio de la Unión Europea para lograr una sostenibilidad competitiva de la economía”, en *Estudios Jurídicos sobre Sostenibilidad: Cambio Climático y Criterios ESG en España y la Unión Europea*, José María de Paz Arias (Dir.) y María Luisa Delgado Arrabal (Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2023, págs.53-98.

²⁹ Por ejemplo, a través del Reglamento (UE) 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera (DOUE L 295 de 12 de noviembre de 2010) o del Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, en vigor desde el 1 de enero de 2021 (DOUE L 130 de 19 de mayo de 2017). En el primer caso se establecen así obligaciones dirigidas a evitar la comercialización de madera y productos derivados de ella procedentes

parecer, la intención es que la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos y medio ambiente adquiera carácter general y se extienda a los distintos sectores económicos con el objetivo de establecer una serie de estándares mínimos consensuados.

Además, el hecho de que algunos países miembros hayan desarrollado normas a nivel nacional parece haber activado la idea de elaborar una Directiva que contribuya a evitar la fragmentación del mercado comunitario. De modo que, tras la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa [2020/2129 (INL)], se plantea el objetivo de articular una norma armonizada que establezca un estándar mínimo de debida diligencia en materia de derechos humanos a nivel de la UE³⁰.

La propia resolución afirma que las normas voluntarias en materia de diligencia debida presentan limitaciones y no han logrado avances significativos ni para prevenir el menoscabo de los derechos humanos y el medio ambiente, ni para permitir el acceso a la justicia, por lo que considera que la UE debe adoptar con urgencia requisitos vinculantes.

Como pone de manifiesto GARCÍA MEDINA, es necesario que los gobiernos superen las múltiples presiones empresariales. Los responsables de las empresas también deben ser garantes en la aprobación de los planes de transición y sostenibilidad. Por otra parte, siguen sin abordarse obstáculos importantes al acceso a la justicia a los que habitualmente se enfrentan los demandantes en casos ambientales y de derechos humanos relacionados con empresas. En particular, debe garantizarse que el plazo de prescripción para interponer demandas por responsabilidad civil sea razonable, como propone el Parlamento Europeo; que los demandantes puedan recurrir a mecanismos de recurso colectivo, tal como recomienda la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE; que las organizaciones de la sociedad civil y los sindicatos tengan derecho a emprender acciones representativas en nombre de las víctimas, tal como se prevé en la ley de diligencia debida de Alemania; y que los Estados miembros establezcan medidas de acompañamiento para brindar apoyo a los demandantes, incluso mediante la regulación de los costos legales a la luz de la disparidad de recursos entre las partes, como recomienda la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE³¹.

Asimismo, la Resolución del PE subraya que la existencia de diferentes legislaciones estatales, tanto ya aprobadas como en proceso de serlo, pone de manifiesto la necesidad de evitar la dispersión y mejorar la seguridad jurídica mediante un enfoque conjunto de toda la UE que evite el *dumping* y la competencia desleal, ya que la falta

de la tala ilegal. En el segundo se pretende eliminar la financiación de grupos armados y la protección de las empresas europeas frente a la competencia desleal.

³⁰ C 474/11 de 24 de noviembre de 2021.

³¹ GARCÍA MEDINA, Javier, “Enfoque basado en derechos humanos como guía de acción en la diligencia debida de las empresas”, *Revista de Estudios Europeos*, nº2, 2023, pág.230.

de legislación armonizada en este ámbito pone en peligro las condiciones de competencia equitativas de las empresas que operan en la UE.

Nace así en 2022 la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937³², cuyo objetivo es establecer unos estándares mínimos y una serie de obligaciones armonizadas en materia de derechos humanos, así como aportar seguridad jurídica y condiciones de igualdad para las empresas que operan en la UE aplicables a toda su cadena de suministro.

Se trata de fomentar así un comportamiento empresarial responsable a lo largo de todas las cadenas de valor mundiales, dado que las empresas también deberían desempeñar un papel clave en la construcción de una economía y una sociedad sostenibles.

En opinión de MÁRQUEZ CARRASCO, la propuesta de Directiva obedece a la voluntad de establecer un marco jurídico obligatorio y horizontal que fomente la contribución de las empresas que operan en el mercado único al respeto de los derechos humanos y el medio ambiente en sus propias operaciones y a través de sus cadenas de valor, identificando, previniendo, mitigando y dando cuenta de sus efectos adversos. Es preciso destacar que una Directiva de la UE sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas representaría un importante paso adelante a nivel mundial, dado su carácter vinculante, su ámbito geográfico y la importancia económica de las actividades cubiertas, ya sea directamente o a través de las relaciones comerciales y las cadenas de valor, así como por la previsión de diversos mecanismos de supervisión, aplicación y remedición³³.

La propuesta de Directiva confluye también con el Plan de Acción 2020-2024 para los Derechos Humanos y la Democracia³⁴ y con la Comunicación sobre el Trabajo Digno en el Mundo (2022)³⁵, configurándose así un marco de iniciativas cuyo fin, en teoría, es impulsar el liderazgo de la UE en el ámbito de la defensa de los derechos humanos y la democracia en todo el planeta.

El Plan de Acción 2020-2024 propone determinar prioridades y centrarse en la puesta en práctica de la transición digital, los desafíos medioambientales y el cambio climático; maximizar el papel de la UE en la escena mundial mediante la ampliación de la caja de herramientas de derechos humanos, sus instrumentos clave y sus políticas; así como fomentar una UE unida y que hable con una sola voz, promoviendo una acción más eficiente y coherente.

³² COM (2022) 71 final de 23 de febrero de 2022.

³³ MÁRQUEZ CARRASCO, *op. cit.*, pág.629.

³⁴ Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024 (JOIN (2020) 5 final de 25 de marzo de 2020).

³⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible (COM (2022) 66 final de 23 de febrero de 2022).

Mientras que, en su Comunicación sobre Trabajo Digno en el Mundo, la UE plantea, entre otras cosas, promover la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente por parte de las empresas con el fin de garantizar la identificación, prevención, mitigación y rendición de cuentas por los impactos adversos reales y potenciales en los derechos humanos, incluidos los derechos laborales, y en el medio ambiente a lo largo de las cadenas de suministro mundiales. Prohibir la introducción en el mercado de la UE de productos fabricados mediante trabajo forzoso. Reforzar la divulgación por parte de las empresas de información sobre aspectos de sostenibilidad, en particular sobre el trabajo digno en las cadenas de suministro mundiales, a fin de mejorar las inversiones sostenibles y la transparencia para otras partes interesadas. Proporcionar orientación y disposiciones jurídicas sólidas en materia de contratación pública socialmente sostenible y convertir a los productos sostenibles en la norma para fomentar un consumo justo. Utilizar las políticas sectoriales de la UE, entre ellas las relativas a los alimentos, los minerales, los textiles, la pesca y el transporte, incluido el transporte marítimo, para reforzar el respeto de las normas internacionales del trabajo, así como la ratificación y la ejecución de los convenios colectivos internacionales.

Asimismo, pone de manifiesto que las autoridades no pueden ganar por sí solas la batalla contra el trabajo forzoso, por lo que también las empresas privadas deben desempeñar un papel importante al respecto. Razón por la cual, como parte de la nueva política comercial de la UE, la Comisión promueve la diligencia debida en consonancia con las directrices y principios internacionales con el fin de garantizar que el trabajo forzoso no tenga cabida en las cadenas de valor de las empresas de la UE³⁶.

Por su parte, la propuesta de Directiva de diligencia debida pretende establecer un marco horizontal que fomente la contribución de las empresas que operan en el mercado único al respeto de los derechos humanos y del medio ambiente en sus propias operaciones y a través de sus cadenas de valor. Para ello deben identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de sus efectos adversos en estos ámbitos, así como contar con una gobernanza y un sistema de medidas de gestión adecuadas para este fin.

La propuesta incluye entre sus objetivos: 1) mejorar las prácticas de gobernanza empresarial para integrar mejor la gestión de riesgos y los procesos de mitigación de

³⁶ En este sentido, el acuerdo provisional alcanzado el pasado 5 de marzo por el Consejo y el PE respalda la Propuesta de Reglamento por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso (COM (2022) 453 final de 14 de septiembre de 2022). Veremos si finalmente se aprueba antes de la cita electoral europea del mes de junio, pero como señalan la OIT, Walk Free y la Organización Internacional para las Migraciones en el Documento *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna. Trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, publicado en septiembre de 2022, la situación es realmente alarmante, ya que se cifran en 50 millones las personas en situación de esclavitud moderna a nivel mundial, es decir, obligadas a trabajar contra su voluntad o a vivir en un matrimonio sin su consentimiento. En ambos casos se trata de situaciones de explotación que una persona no puede rechazar ni abandonar debido a amenazas, violencia, engaño, abuso de poder u otras formas de coacción (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_854797.pdf).

los riesgos y repercusiones para los derechos humanos y el medio ambiente, incluidos aquellos derivados de las cadenas de valor, en las estrategias empresariales; 2) evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único y crear seguridad jurídica para las empresas y las partes interesadas en lo que respecta al comportamiento y la responsabilidad previstos; 3) aumentar la responsabilidad corporativa por los impactos adversos y garantizar la coherencia de las empresas con respecto a las obligaciones derivadas de las iniciativas de la UE existentes y propuestas en materia de conducta empresarial responsable; 4) mejorar el acceso a las vías de recurso para las personas afectadas por los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente del comportamiento empresarial; 5) complementar otras medidas vigentes o propuestas que aborden directamente algunos retos específicos en materia de sostenibilidad o que se aplican en algunos sectores específicos, principalmente dentro de la Unión.

Se trata así de regular las obligaciones que incumben a las empresas en relación con los efectos adversos (reales y potenciales) sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una relación comercial establecida, así como sobre la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de las normas.

En términos generales, la propuesta define a la cadena de valor como el conjunto de actividades relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos el desarrollo del producto o el servicio, su utilización y su eliminación, así como las actividades conexas, en las fases anterior y posterior, de las relaciones comerciales establecidas de la empresa.

Asimismo, considera deberes de las empresas integrar la diligencia debida en sus políticas³⁷; detectar los efectos adversos reales o potenciales; prevenir y mitigar los efectos adversos potenciales; eliminar los reales y minimizar su alcance; establecer y mantener un procedimiento de denuncia; supervisar la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida; y organizar una campaña de comunicación pública al respecto.

No obstante, su ámbito de aplicación se extendería sólo a las empresas constituidas en la UE con una media de más de 500 personas empleadas y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones de euros y a las empresas de más de 250 personas empleadas y un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones de euros, cuando al menos el 50% de su facturación derive de sectores identificados como de alto impacto³⁸. Asimismo, sería aplicable a las empresas constituidas en un tercer Estado cuando su facturación neta en la UE sea superior a 150 millones de

³⁷ A través de la descripción del enfoque aplicado por la empresa, de un código de conducta en el que se describan las normas y principios a los que deben ajustarse los empleados y las filiales de la empresa, y de una descripción de los procesos establecidos para aplicar la diligencia debida, incluidas las medidas adoptadas para comprobar el cumplimiento del código de conducta y extender su aplicación a las relaciones comerciales establecidas.

³⁸ Entre otros, textil, calzado, agricultura, silvicultura, pesca, fabricación de productos alimenticios, extracción de recursos minerales, hidrocarburos, etc.

euros o superior a 40 millones de euros (pero igual o inferior a 150 millones de euros en la UE), siempre y cuando al menos el 50% de ese volumen de negocios mundial neto proceda de uno o varios de los sectores considerados como de alto impacto³⁹.

Por tanto, quedan excluidas las pymes, aspecto en el que la propuesta de Directiva se desmarca de los Principios Rectores de la ONU (Principio Rector 14), en los que la responsabilidad de respetar los derechos humanos se extiende a todas las empresas (independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura), aunque se reconoce que la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.

Eso significa que alrededor del 99% de las empresas de la UE quedarían excluidas en realidad del deber de diligencia debida. Se considera que, para esta categoría de empresas, la carga financiera y administrativa de establecer y aplicar un proceso de diligencia debida sería relativamente elevada. Que en su mayor parte no disponen de mecanismos de diligencia debida preexistentes, que carecen de conocimientos técnicos y de personal especializado, así como que el coste de llevar a cabo la diligencia debida les afectaría de manera desproporcionada. Sin embargo, estarían expuestas a algunos de los costes y a parte de la carga debido a las relaciones comerciales con empresas incluidas en el ámbito de aplicación, ya que se prevé que las grandes empresas repercutan las exigencias sobre sus proveedores (por lo que se necesitarán medidas de apoyo para ayudar a las pymes a desarrollar su capacidad operativa y financiera). Las empresas cuyo socio comercial sea una pyme también están obligadas a apoyarlas en el cumplimiento de los requisitos de diligencia debida, en caso de que dichos requisitos pongan en peligro la viabilidad de la pyme⁴⁰. Por otro lado, la exposición de una pyme individual a riesgos de sostenibilidad será, como norma general, inferior a la de las empresas más grandes. Por lo tanto, las grandes empresas estarán incluidas en el alcance de la obligación de llevar a cabo procedimientos completos de diligencia debida. Además, la Directiva establece medidas dirigidas a limitar la repercusión de la carga de esas grandes empresas a los proveedores más pequeños de la cadena de valor y a aplicar requisitos justos, razonables, no discriminatorios y proporcionados con respecto a las pymes.

A pesar de su exclusión, la propuesta manifiesta preocupación por el hecho de que puedan verse afectadas por algunas de las disposiciones de la Directiva como contratistas o subcontratistas de las empresas sí incluidas en su ámbito de aplicación. Así que con el objetivo de apoyarlas y mitigar la carga financiera o administrativa que pesa sobre las pymes, los Estados miembros deberían crear y gestionar, ya sea de forma individual o conjunta, sitios web, plataformas o portales especializados, así como ofrecerles asistencia financiera para reforzar su capacidad. Este apoyo también debe hacerse accesible y, en caso necesario, adaptarse y ampliarse a los operadores

³⁹ El sector financiero queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, aunque existe una cláusula de revisión que prevé una posible inclusión basada en una evaluación de impacto suficiente.

⁴⁰ Cabe recordar que tampoco la cadena de valor del sector financiero abarca a las pymes que reciben préstamos, créditos, financiación, seguros o reaseguros.

económicos de terceros países situados en eslabones anteriores de la cadena. Asimismo, y desde una perspectiva de mundo ideal, la propuesta también anima a las empresas cuyo socio comercial sea una pyme a que le ayude desinteresadamente a cumplir las medidas de diligencia debida, en caso de que tales requisitos pongan en peligro la viabilidad de la pyme.

Por otro lado, la Comisión podrá establecer nuevas medidas de apoyo que proporcionen ayuda a las empresas, incluidas las pymes, con respecto a los requisitos de diligencia debida, incluido un observatorio de la transparencia de la cadena de valor y la facilitación de iniciativas conjuntas de las partes interesadas.

La idea fundamental es que la política de diligencia debida de las empresas desarrolle un código de conducta, establezca medidas de verificación respecto a su cumplimiento e identifique y corrija los impactos adversos (reales o potenciales) provocados sobre los derechos humanos y el medio ambiente por sus propias actividades, las de sus filiales y las de la cadena de valor con las que dichas empresas mantengan una relación comercial (lo que parece indicar que se pretende delegar en el sector privado la aplicación de las normas bien a través de procedimientos internos, bien a través de auditorías externas).

El problema es que, dados los desequilibrios existentes en lo que respecta al poder de negociación, habrá que ver si las grandes empresas contribuirán a través de sus políticas contractuales a trasladar estándares medioambientales y de derechos humanos a lo largo de sus cadenas, empujando también a las pymes a incrementar sus compromisos en este sentido, o si, por el contrario, las transnacionales trasladarán el incremento de los costes derivados de llevar a cabo prácticas de diligencia debida a sus proveedores, ajustando todavía más a la baja la remuneración en origen y provocando la expulsión de aquellos productores más pequeños, motivo por el que también se prevén ayudas financieras a favor de las pymes (se destinarían así recursos públicos a que las empresas cumplan las normas existentes).

Por otro lado, y más allá de las dudas que se plantean sobre cómo las futuras normas de diligencia debida pueden afectar a las relaciones contractuales entre los distintos eslabones de las cadenas de suministro, la propuesta incluye la posibilidad de que los Estados miembros exijan responsabilidad civil a las empresas que incumplan sus obligaciones y produzcan un efecto adverso que hubiera podido ser identificado, prevenido, mitigado, eliminado o minimizado. Cabría entonces indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas y compensaciones financieras a las comunidades afectadas por los impactos adversos generados por las empresas (otorgando legitimidad para presentar reclamaciones a las personas afectadas, a los sindicatos y otros representantes de los trabajadores, así como a las entidades de la sociedad civil activas en áreas relacionadas con la cadena de suministro). Sin embargo, no responderán civilmente si los daños son provocados por impactos adversos imputables a un socio comercial cuando la empresa haya cumplido con las obligaciones de solicitar garantías contractuales y verificar su cumplimiento.

Aunque la propuesta contempla la posible existencia a nivel nacional de un régimen que permita la atribución de responsabilidad y la obligación de reparar los daños,

también señala que, si las empresas demuestran que han prestado toda la diligencia debida, no se considerarán responsables de dichos daños, lo que les permitirá eludir sus responsabilidades por las violaciones cometidas si demuestran haber cumplido con lo previsto en los mecanismos de diligencia.

La responsabilidad civil sólo se refiere a las relaciones comerciales establecidas que sean duraderas, habida cuenta de su intensidad o duración, y que no representan una parte insignificante o meramente accesoria de la cadena de valor de la empresa. La empresa no debe ser responsable por no prevenir o poner fin a los daños a nivel de las relaciones comerciales indirectas si ha utilizado una cascada contractual y garantías y ha adoptado medidas para verificar su cumplimiento, a menos que, en las circunstancias del caso, no sea razonable esperar que las medidas adoptadas, también en lo que se refiere a la verificación del cumplimiento, sean adecuadas para prevenir, mitigar y eliminar los efectos adversos o minimiza su alcance. Además, al evaluar la existencia y el alcance de la responsabilidad, deben tenerse debidamente en cuenta los esfuerzos de la empresa -en la medida en que estén directamente relacionados con los daños en cuestión- por cumplir las medidas correctivas que les exija una autoridad de control, las inversiones realizadas y cualquier apoyo específico prestado, así como cualquier colaboración con otras entidades para hacer frente a los efectos adversos en sus cadenas de valor.

En caso de que los Estados miembros lo consideren oportuno, establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales aprobada en virtud de la Directiva y deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar su ejecución (tales sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias).

Como subraya DELGADO ARRABAL, la redacción propuesta por la Comisión Europea ha sido objeto de numerosas críticas, al haberse entendido que este régimen de responsabilidad civil era excesivo para las empresas y tenía una *vis* expansiva que interfería injustificadamente en los sistemas de responsabilidad civil de los Estados miembros, apuntándose también que la introducción del derecho a indemnizaciones podía dar lugar a indemnizaciones excesivas⁴¹. Por el contrario, nunca se hace alusión a los beneficios excesivos obtenidos a través de un sistema basado en la explotación masiva de mano de obra barata o directamente esclava y en la destrucción acelerada de la naturaleza de la que depende nuestra propia supervivencia.

Por su parte, apunta MÁRQUEZ CARRASCO que, sin la rendición de cuentas por incumplimiento, la diligencia debida en el ámbito de los derechos humanos no puede lograr el objetivo de la prevención en la práctica. Sin disposiciones complementarias (e insoslayables) de responsabilidad civil, quienes sufran daños no dispondrán de medios para exigir la reparación de los daños y pérdidas que hayan sufrido. La rendición de cuentas debe reforzarse mediante una combinación de una fuerte transparencia, obligaciones de presentación de informes y divulgación, así como

⁴¹ DELGADO ARRABAL, *op. cit.*, pág.480.

supervisión independiente y bien dotada de recursos y órganos encargados de hacer cumplir la ley⁴².

En este sentido, se pretende también que cada Estado miembro cree una autoridad nacional de supervisión con poderes de inspección, sanción y adopción de medidas provisionales dirigidas a evitar que se produzcan riesgos y daños irreparables. Sin embargo, no se incluyen prácticas de adquisición responsables, procesos de desvinculación responsables dirigidos a poner fin a las relaciones comerciales o medidas de transparencia y trazabilidad en las cadenas de suministro.

A pesar de la propuesta, para GUAMÁN HERNÁNDEZ, la diligencia debida en el ámbito de los derechos humanos se configura como un instrumento preventivo, propio de la gestión empresarial ad intra y no construido para asegurar la responsabilidad empresarial por los daños efectivamente causados ni para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas. La diligencia impone una obligación de medios, de esfuerzo para prevenir o mitigar los riesgos de violaciones de derechos humanos, por ello, las sanciones que puedan establecerse se vinculan al incumplimiento de esta labor preventiva, no a la efectiva comisión de la violación. Esto es algo que queda fuera del mecanismo de diligencia, siendo objeto de una obligación distinta que debe igualmente regularse en el ámbito supranacional y que requiere de mecanismos de sanción diferentes. De modo que, en el caso de las violaciones cometidas por las empresas transnacionales, esta inexistencia de garantías frente a las violaciones cometidas a lo largo de sus cadenas implica la impunidad de las corporaciones y la indefensión de las víctimas.

En su opinión, la diligencia no se concibe para incluir prohibiciones de lesión, sino como un "esfuerzo" en la prevención de actuaciones que puedan violar un derecho humano. Así, podemos presumir que se trata de un mecanismo para facilitar el cumplimiento por parte de las empresas de su obligación de respeto de los derechos humanos, pero no para garantizarlo. En este sentido se estructuran procesos de "detección y medición de riesgos", "prevención", "priorización" o "justificación" mediante dinámicas y procesos ya conocidos por las empresas que han utilizado estos mecanismos en su gestión económica habitual⁴³.

Por su parte, en el Informe "UE: Proyecto decepcionante sobre diligencia debida de las corporaciones", Human Rights Watch pone de manifiesto que la propuesta requiere mejoras sustanciales para prevenir y abordar violaciones de derechos humanos y daños ambientales. Los legisladores deben cerciorarse de que la directiva propuesta contemple a más pequeñas y medianas empresas y extienda los requisitos de diligencia debida a todas las entidades en sus cadenas de suministro. Las prácticas de adquisición y desvinculación responsable deberían estar entre los pilares fundamentales de la diligencia debida. Asimismo, destaca la importancia de ampliar las disposiciones sobre responsabilidad civil más allá del primer eslabón de proveedores, incorporar medidas de transparencia y rastreabilidad de las cadenas de

⁴² MÁRQUEZ CARRASCO, *op.cit.*, pág.642.

⁴³ GUAMÁN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs.92 y 93.

suministro y limitar el papel de los programas de diligencia debida voluntarios en los distintos sectores⁴⁴.

La ausencia de legislación sólida sobre diligencia debida permite que las empresas europeas realicen sus actividades a través de vías que en ocasiones no tienen en cuenta o directamente provocan tanto efectos adversos sobre el medio ambiente como sobre los derechos humanos en sus cadenas de suministro, sin que ello tenga consecuencias legales. La responsabilidad civil se limita a los proveedores directos, lo que protege a las empresas de responder por abusos que se cometan en eslabones inferiores de la cadena de suministro e impide que las víctimas accedan a la justicia.

Por otro lado, la propuesta exige que las empresas evalúen en qué medida el cambio climático representa un riesgo para sus operaciones o un efecto de estas y que adopten planes de transición con objetivos de reducción de emisiones, alineados con el fin de limitar el calentamiento global a 1.5º C tal y como establece el Acuerdo de París sobre cambio climático⁴⁵. Sin embargo, no se menciona entre los requisitos principales sobre diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente, eximiéndose de responsabilidad el comportamiento de las empresas en relación con el cambio climático.

Son numerosas las organizaciones que en mayo de 2022 firmaron la “Declaración de la sociedad civil sobre la Propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad”, planteando la necesidad de mejorar el alcance de la futura norma. En este sentido, consideran imprescindible garantizar que las víctimas de los abusos de las empresas tengan acceso a un recurso judicial efectivo. Lamentan que la propuesta limite la obligación de diligencia debida a las “relaciones comerciales establecidas”, corriendo el riesgo de generar incentivos perversos para que las empresas reestructuren sus cadenas de valor con el fin de eludir su obligación de diligencia debida. Otra cuestión apremiante es la ausencia total de obligaciones de diligencia debida en materia climática. Los colegisladores deben hacer frente a la emergencia climática con la integración de la obligación inmediata para las empresas de abordar los riesgos e impactos sobre el cambio climático de sus cadenas de valor. Las empresas también deben asumir obligaciones concretas de desarrollo e implementación de un plan de transición efectivo de conformidad con el Acuerdo de París, incluyendo objetivos de reducción de emisiones

⁴⁴ Human Rights Watch, *UE: Proyecto decepcionante sobre diligencia debida de las corporaciones*, febrero 2022 (<https://www.hrw.org/es/news/2022/02/28/ue-proyecto-decepcionante-sobre-diligencia-debida-de-las-corporaciones>).

⁴⁵ Incluso se han generado ciertas expectativas respecto a que la sostenibilidad pudiera tener cierta relevancia a la hora de definir el modelo de negocio y la estrategia de una empresa, valorando los riesgos financieros asociados también al cambio climático mediante una ampliación del alcance del deber de vigilancia debida de los administradores sociales. Ver en este sentido GRASS SAGRERA, Jordi y BERNAUS JOVELL, Mariona, “La responsabilidad civil de los administradores sociales por incumplimiento del deber de diligencia en materia de criterios de sostenibilidad”, en *Estudios Jurídicos sobre Sostenibilidad: Cambio Climático y Criterios ESG en España y la Unión Europea*, José María de Paz Arias (Dir.) y María Luisa Delgado Arrabal (Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2023, págs.539-560.

absolutas a corto, medio y largo plazo. Estas obligaciones deben ser exigibles por las autoridades públicas, así como a través de la vía de la responsabilidad civil⁴⁶.

Hay que tener en cuenta que la propuesta de la Comisión excluye de forma directa a aproximadamente el 99% de las empresas de la UE, por lo que el PE y los Estados miembros deberían incluir también a las pymes en el ámbito de aplicación de la propuesta de directiva. Por otra parte, se considera arbitrario e injustificable que el sector financiero asuma obligaciones de diligencia debida reducidas y que las empresas de alto riesgo vean sus obligaciones de identificación limitadas exclusivamente a los daños más graves. Además, existe una preocupante falta de referencias específicas a las personas defensoras de los derechos humanos y del medio ambiente (ya que la propuesta no les ofrece ningún tipo de protección ante el riesgo de represalias).

Por otro lado, la propuesta da un peso considerable a los códigos de conducta, las cláusulas contractuales, las auditorías de terceros y las iniciativas sectoriales, mecanismos que han demostrado ser insuficientes para identificar y abordar las violaciones de los derechos humanos y los daños medioambientales. Estos medios no pueden considerarse una prueba de que las empresas ejercen una diligencia debida eficaz y significativa. Asimismo, resulta claro que las prácticas de compra de las propias empresas generan graves riesgos e impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, por lo que debe exigírseles explícitamente que aborden la modificación de dichas prácticas.

La propuesta debería también aclarar mejor los deberes de los administradores y su responsabilidad a la hora de supervisar el proceso de diligencia debida, incluidos los planes de transición y los objetivos de sostenibilidad. Los consejos de administración de las empresas deberían tener una obligación clara de integrar los riesgos e impactos en materia de sostenibilidad en la estrategia de la empresa, planteándose que la remuneración variable de los administradores se vincule directamente a los resultados de las empresas en materia de sostenibilidad, especialmente en lo que respecta al clima.

En definitiva, el objetivo debería ser mejorar la Directiva con el fin de garantizar que la UE no diseñe a nivel normativo una herramienta simplemente dirigida a marcar casillas, pero que en realidad no modifique los actuales sistemas de actuación y los efectos negativos derivados de ellos.

Por tanto, es necesario cuestionar la idoneidad del mecanismo para conseguir por sí mismo (y tal y como está planteado) el objetivo de garantizar que las empresas cumplan su deber de respetar los derechos humanos y el medio ambiente. Para ello se requeriría la inclusión de obligaciones directas garantizadas por mecanismos de responsabilidad (penal, civil y administrativa) que permitieran sancionar a las empresas por las violaciones cometidas de manera directa o a través de los agentes implicados en la cadena de valor contra los derechos humanos y el medio ambiente.

⁴⁶ <https://www.amnesty.org/es/documents/ior60/5588/2022/es/>

Para GUAMÁN HERNÁNDEZ, aun cuando puede resultar útil la introducción de estas herramientas de diligencia debida, el proceso debe acompañarse de otros mecanismos de mayor envergadura. Por ello en su opinión debería rescatarse la propuesta del PE de reformar el Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I) y la modificación del Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). Esta reforma, en paralelo y diferenciada de la regulación de la diligencia debida en derechos humanos obligatoria sería la vía efectiva para conseguir el desarrollo del Tercer Pilar de los Principios Rectores de Naciones Unidas⁴⁷.

En realidad, el hecho de que existan procesos productivos que pasan por diferentes países y de que existan múltiples filiales, socios comerciales y eslabones en el marco de las relaciones contractuales (extracción, diseño, fabricación de componentes, ensamblaje, transporte, almacenamiento, participación de distintos proveedores, intermediarios, externalización, subcontratación, entrega de productos, prestación de servicios, reciclado, gestión de residuos, etc.) propicia una especie de coartada que bajo la denominación de “optimización de recursos” se basa precisamente en la explotación de seres humanos, en la sobreexplotación de recursos naturales y en la agresión al medio ambiente (si bien es cierto que ello también ocurre con independencia de si las empresas controlan o no todo el ciclo de producción⁴⁸). Resulta difícil desconocer la incómoda verdad al margen de que las empresas tengan mayor o menor tamaño o de que operen a nivel transnacional, nacional, regional, comarcal o local.

A pesar de ello, las empresas en general no responden ni por la vulneración de derechos humanos (enormes beneficios son obtenidos a costa de jornadas extenuantes, remuneraciones insuficientes, horas extra de trabajo no remuneradas, sueldos por debajo del salario mínimo, falta de medidas de seguridad e higiene en los lugares de trabajo, abusos, trabajo forzoso, trabajo infantil, etc.); ni por los efectos adversos que causan sobre el medio ambiente tanto en los primeros como en los últimos eslabones de sus cadenas de suministro (deforestación, contaminación de aguas y suelos, emisiones de gases de efecto invernadero, pérdida de biodiversidad, degradación de ecosistemas, etc.).

La normativa de la UE debería plantearse parámetros más ambiciosos y establecer fórmulas a través de las que las empresas lleven a cabo su actividad económica sin

⁴⁷ GUAMÁN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág.94.

⁴⁸ No existía una transnacional cuando el pasado 2 de marzo fueron detenidas varias personas en Aspe (Alicante) por obligar a otras a trabajar 10 horas diarias por salarios de 40 euros a la semana. Los arrestados retenían la documentación de los trabajadores como medio de extorsión, trasladándolos a diario a las fincas en colaboración con el propietario de la explotación agraria. A las personas detenidas se les acusa de presunta comisión de los delitos de trata de seres humanos, extorsión, grupo criminal y delito contra el derecho de los trabajadores (<https://efe.com/comunidad-valenciana/2024-03-02/esclavizados-con-jornadas-de-10-horas-por-40-euros-semanales/>).

vulnerar derechos humanos ni causar daños ambientales, en lugar de permitir que puedan lucrarse precisamente como consecuencia de dichas vulneraciones.

Sin embargo, todo el debate sobre la propuesta de directiva ha estado sometido a un intenso proceso de presión corporativo dirigido a debilitar y diluir su alcance regulatorio; así que resulta necesario evaluar también el nivel de influencia ejercido por los grupos de presión en su batalla por conseguir que directamente no exista legislación o por contrarrestar el alcance real de la norma.

En el marco de la negociación, y tras el acuerdo político alcanzado entre el PE y la presidencia española del Consejo de la UE en diciembre de 2023, la nueva Directiva debía ser aprobada por el Coreper y el PE. Sin embargo, en la reunión de embajadores celebrada el pasado 28 de febrero de 2024 no se alcanzó la mayoría cualificada necesaria para aprobar la norma y continuar con su tramitación.

Distintos países han apuntado que la propuesta conlleva demasiadas cargas administrativas y que situaría a las empresas en una situación de desventaja a nivel mundial (sin embargo, no parece que a las transnacionales les plantee ningún problema asumir las cargas burocráticas y los cuantiosos recursos económicos necesarios para llevar a cabo las prácticas de presión).

El sector industrial consiguió dinamitar la ley alemana (que no incluye la responsabilidad civil ni abarca a toda la cadena de suministro, que queda limitada al primer nivel, es decir, a los proveedores inmediatos de las empresas y no a los que se sitúan más abajo en la cadena de suministro). Por otro lado, además de sus quejas en lo relativo a la burocracia y los costes para las empresas, el sector industrial sostenía que lo importante era que, si se aprobaba una ley de diligencia debida, lo fuera para toda la UE con el fin de evitar posibles distorsiones de la competencia.

Como señalan distintas organizaciones, las empresas multinacionales son responsables de los abusos contra los derechos humanos y ambientales en sus cadenas globales de valor (a través de los que obtienen enormes beneficios). Por ello los grupos de presión empresariales despliegan distintas estrategias para asegurar la continuidad de modelos voluntarios que eviten la adopción de mecanismos vinculantes; para que el nivel de una posible armonización sea mínimo; o para frustrar posibles legislaciones nacionales más ambiciosas con la excusa de la adopción de una futura norma europea, para al final (aunque tampoco en origen era ambiciosa) conseguir debilitarla (como así ha sucedido)⁴⁹.

También en el caso de la UE ha ocurrido lo esperado. Los “lobbies” han ejercido la presión necesaria para salvaguardar sus intereses y Alemania ha macado el camino⁵⁰,

⁴⁹ Friends of the Earth Europe, European Coalition for Corporate Justice y Corporate Europe Observatory, *¿Salir impunes? Cómo presionan las empresas contra la responsabilidad por abusos ambientales y de derechos humanos*, junio 2021 (<https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2021/06/Salir-impunes-Como-presionan-las-empresas-contra-la-responsabilidad-por-abusos-ambientales-y-de-derechos-humanos.pdf>).

⁵⁰ Dentro de la coalición electoral que gobierna el país, los liberales del FDP, a pesar de ser socios minoritarios del partido socialdemócrata (SPD) y de los Verdes (Grüne), también se han sumado a la

haciendo decaer en la reunión antes citada la posibilidad de obligar a las transnacionales a controlar que todos sus suministradores a lo largo de la cadena de valor, incluidos aquellos radicados fuera de la UE, respeten los derechos humanos y la protección del medio ambiente.

Las estrategias ha funcionado y, una vez retomadas las negociaciones, el Consejo de la UE ha logrado el 15 de marzo un acuerdo marcado por una serie de recortes que diluyen todavía más el pacto político alcanzado con anterioridad, ya que la Directiva excluye sectores de riesgo como el textil y la construcción y sólo será aplicable a multinacionales con más de 1.000 empleados y más de 450 millones de facturación anual (por lo que se estima que la futura Directiva sólo se aplicaría a un 0,05% de las empresas y actividades empresariales de la UE que entrañan riesgos para los derechos humanos y el medio ambiente). Tampoco quedan sujetas a las obligaciones de diligencia debida las actividades de eliminación, desmontaje y reciclado de productos, así como de compostaje y vertidos (de modo que las empresas no tendrán que identificar y responder por los riesgos y daños provocados por estas actividades posteriores)⁵¹.

Finalmente, el 19 de marzo, la Comisión de Asuntos Jurídicos del PE ha dado luz verde al texto⁵², que no sólo reduce el ámbito subjetivo de aplicación, sino que también elimina las normas específicas sobre diligencia debida en el sector financiero. Tampoco hace alusión a los órganos de administración y su remuneración en lo que respecta al deber de diligencia y los objetivos climáticos. Y limita la legitimación activa de sindicatos y organizaciones civiles y/o de consumidores al exigir la voluntad expresa de representación por parte de las posibles víctimas para acceder a la vía judicial.

Asimismo, se establecen plazos de aplicación mucho más amplios (tres años para las empresas de 5000 trabajadores con un volumen de facturación igual o superior a 1500 millones de euros; cuatro años para las empresas con no más de 3000 trabajadores y un volumen de facturación no superior a 1500 millones de euros; y cinco años para el resto de las empresas).

Para el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, el acuerdo supone un paso importante para la aprobación de la Directiva, sin embargo, considera que una norma de diligencia debida en la UE debería obligar a todas las empresas irresponsables a rendir cuentas⁵³.

presión para hacer girar la posición del gobierno alemán (y con él la de otros Estados miembros como Francia e Italia).

⁵¹ <https://comerciojusto.org/aprobada-la-directiva-de-diligencia-debida-de-las-empresas-en-materia-de-sostenibilidad/>

⁵² <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6145-2024-INIT/en/pdf>

⁵³ Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, *Aprobación de la Directiva de Diligencia Debida de las Empresas en materia de Sostenibilidad: un hito de los derechos humanos que no alcanza la verdadera justicia empresarial*, marzo 2024 (<https://observatoriorsc.org/aprobacion-de-la-directiva-de-diligencia-debida-de-las-empresas-en-materia-de-sostenibilidad-un-hito-de-los-derechos-humanos-que-no-alcanza-la-verdadera-justicia-empresarial/>).

En cualquier caso, el texto acordado todavía tiene que ser aprobado por el PE antes de las elecciones europeas del mes de junio, así que habrá que ver si finalmente se abre paso el camino normativo a nivel comunitario, aunque sea de forma simbólica y a modo de campaña publicitaria, con el fin de que parezca que algo se avanza (el marketing normativo sobre sostenibilidad también existe) y que la UE pueda decir que cuenta con un alto nivel de protección en materia de derechos humanos y medio ambiente (aunque no sea así). Por otro lado, incluso aunque el PE aprobara en abril (último mes posible de la legislatura) la propuesta en su versión en inglés (única disponible por el momento), la adopción formal del texto y su publicación no se produciría probablemente hasta finales de 2024.

Como vemos, las dificultades incluso para alcanzar un acuerdo de mínimos muestran que aún falta mucho camino por recorrer para contar con instrumentos eficaces que permitan salvaguardar los derechos humanos y el medio ambiente.

En realidad, resulta complicado fomentar un comportamiento empresarial responsable dentro del marco de un modelo económico en el que la rentabilidad se obtiene precisamente de la vulneración sistemática de los derechos humanos, de la sobreexplotación de los recursos naturales, de los impactos adversos sobre el medio ambiente y del ejercicio de prácticas comerciales abusivas sobre los eslabones más débiles de las cadenas de producción.

En el sistema actual la naturaleza es concebida como una parte más del negocio, así que su defensa se interpreta de forma errónea como una forma de oposición al “progreso”, a pesar de que los modelos económicos no sean algo que funcione de forma aislada o al margen del medio ambiente sobre el que se desarrollan. Es difícil comprender la dimensión de la crisis ecológica si, de forma consciente y constante, el mercado elimina la distinción entre bienes renovables y no renovables.

Sin embargo, lo cierto es que hay que hacer frente tanto al agotamiento de las materias primas, como a la degradación del medio ambiente derivada de la sobreexplotación de los recursos naturales (desertificación, sequía, contaminación de suelos, acuíferos, ríos, lagos y mares, escasez de agua dulce, pérdida de biodiversidad, etc.). Circunstancias a las que hay que sumar las repercusiones del calentamiento global y el cambio climático como consecuencia del aumento constante de las emisiones de CO₂ (problema especialmente grave sobre el que tampoco existen avances reales).

4.3. Anteproyecto de ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales

Por lo que respecta a nuestro país, España se comprometió en 2015 con el cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, cuyo fundamento se sitúa en los principios de la Carta de la Naciones Unidas, con pleno respeto del Derecho Internacional y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Los

Estados tienen por tanto la responsabilidad de respetar, proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.

La ONU también se refiere al papel que deben desempeñar los diversos integrantes del sector privado -desde las microempresas y las cooperativas hasta las multinacionales- en la implementación de la Agenda 2030, con el fin de contribuir a resolver los problemas relacionados con el desarrollo sostenible, proteger los derechos laborales y los acuerdos internacionales existentes en materia medioambiental y de derechos humanos.

Para GARCÍA MEDINA, el cambio de planteamiento procedería de la comprensión por parte de las empresas de que, para la justicia de su propia sociedad y para el beneficio de sus inversores, han de asumir una responsabilidad en sus actuaciones en otros países más allá del cumplimiento de mínimos locales que pueden provocar una evaluación inadecuada y conformista de prácticas que pueden ser consideradas irresponsables, cuando menos, y que impactarían de modo especial en la rentabilidad y viabilidad futuras. La toma de decisiones en inversión ha de contar con criterios no estrictamente financieros, de modo que los índices ambientales, sociales y de gobierno corporativo cada vez cobren más importancia⁵⁴.

En cualquier caso, la obligación de proteger implica que los Estados adopten medidas legislativas para impedir las violaciones de derechos humanos también por parte de los actores privados. Como subraya FERNÁNDEZ LIESA, la debida diligencia del Estado en relación con las actividades empresariales y en el marco de su obligación de legislar se refleja en varias dimensiones. En primer lugar, en una obligación general de respetar y proteger los derechos humanos y el medio ambiente que comprende prevenir todo efecto adverso sobre los mismos en el contexto de las actividades empresariales. A tal efecto, el Estado debe velar por evitar que las empresas que están en su territorio o que actúan bajo su jurisdicción o control causen o contribuyan a causar efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente, así como para difundir entre las empresas los estándares de debida diligencia. Además, el Estado debe evitar que se produzcan desde su territorio o bajo su jurisdicción o control daños sensibles a otros Estados, por lo que debe cooperar con los posibles Estados afectados y con las organizaciones internacionales para, en su caso, establecer mecanismos de vigilancia apropiados. Asimismo, resulta conveniente desarrollar obligaciones específicas respecto de la contratación pública, lo que en el caso de España debiera llevar a modificar la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, ya que a las empresas que contraten con el Estado deberían exigírseles que cumplan con la debida diligencia en derechos humanos. Por otro lado, los Estados deberían crear una autoridad nacional supervisora de naturaleza administrativa independiente con personalidad jurídica propia, una Comisión nacional de derechos humanos y empresas, que ejerza las funciones propias de supervisión a las empresas en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos y medio ambiente. Es necesario tener en cuenta que el establecimiento de obligaciones para las empresas no tendría suficiente entidad ni sería eficaz en caso de que no fuese objeto de un control

⁵⁴ GARCÍA MEDINA, *op. cit.*, pág.212.

especializado que permitiese contribuir a ayudar a las empresas en su labor de debida diligencia, precisar en su caso los requerimientos de debida diligencia reforzada, mantener un registro y supervisar las declaraciones y planes de debida diligencia, realizar recomendaciones, asesorar a los órganos estatales y a las empresas, articular mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje, un procedimiento de reclamaciones y, finalmente, un régimen sancionador que establezca las infracciones y las sanciones, debidamente tipificadas, para establecer un régimen disciplinario de acuerdo con la Ley 39/2015, de 2 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas⁵⁵.

La Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030 aprobada por España en 2021 considera necesaria una ley relativa a la debida diligencia de empresas y derechos humanos que contribuya a "poner fin a la injusticia global y a las amenazas a los derechos humanos, a los principios democráticos y a la sostenibilidad del planeta"⁵⁶ (en la línea en la que ya han actuado algunos otros países⁵⁷).

Hasta ahora, en España no existe ninguna norma con rango de ley que regule las obligaciones de las empresas españolas, o con actividad en España, en materia de respeto de la normativa interna e internacional sobre derechos humanos y ambientales, y que establezca medidas para garantizar el derecho de las víctimas al acceso a la justicia y a la debida reparación. Tampoco existe ningún marco normativo orientado a regular de manera general y obligatoria la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos o en materia ambiental.

En el Documento "Hacia una ley de Debida Diligencia en derechos humanos y medioambientales en España", la Plataforma por las Empresas Responsables demanda que la obligación formal de adoptar e implementar las medidas oportunas para prevenir, mitigar y/o remediar debe ir acompañada, además, de un sistema disuasorio de infracciones y sanciones para el caso de incumplimiento total o parcial de dicha obligación (como, por ejemplo, la imposibilidad de contratar con la Administración pública, de acceder a recursos de cooperación financiera o de internacionalización de la empresa o la imposición de sanciones de tipo económico). De esta forma se crea la posibilidad de sancionar a aquellas empresas que no hayan implementado las medidas mencionadas sin necesidad de esperar a que se produzca un daño.

⁵⁵ FERNÁNDEZ LIESA, *op. cit.*, págs.447 y 448.

⁵⁶ <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/eds-cast-acce.pdf>

⁵⁷ Cabe mencionar en este ámbito la Ley de Deber de Vigilancia de Francia de 2017 y la Ley de Debida Diligencia de Trabajo Infantil de Holanda de 2019 (aunque ninguna de ellas cuenta con autoridad u órgano de control); así como la Ley Alemana de Debida Diligencia Corporativa en las cadenas de suministro de 2021. Esta ley, en vigor desde 2023, pretende que las empresas con más de 3000 empleados en Alemania, y 1000 empleados en 2024, cumplan en el desarrollo de sus operaciones con las obligaciones de diligencia debida en derechos humanos y medio ambiente. En este caso sí existe un órgano de control y también se prevén sanciones, pero no existe regulación respecto a la responsabilidad civil por los daños que puedan producirse por incumplimiento de las obligaciones establecidas. Sobre el análisis normativo de las distintas leyes existentes a nivel nacional ver más ampliamente GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, "Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales", en *Trabajo y Derecho*, N°87, 2022, págs.1-31.

Por lo que respecta a la transparencia y cumplimiento de la ley sobre información no financiera, la Plataforma señala que las empresas deben publicar un informe anual con la información relevante y detallada de sus planes de debida diligencia, así como de su seguimiento y resultado. La información debe ser accesible en la web de la empresa e informar de ello al personal, sindicatos y socios empresariales (así como a petición de las autoridades y cualquier otra parte interesada). Este informe debe ser exigible específicamente para el acceso a recursos públicos en procesos de licitación o convenios para la cooperación financiera y la internacionalización de la empresa⁵⁸.

Se trata de articular normas claras para que la competencia empresarial no pueda ser distorsionada, evitando la competencia desleal de empresas que no se comprometan con los actuales marcos voluntarios de respeto a los derechos humanos y ambientales con aquellas otras que sí los cumplen de manera decidida. Unas normas comunes, obligatorias y generales permitirían evitar los actuales efectos adversos para las empresas cumplidoras, generando mejores prácticas empresariales con carácter general.

Se prevé que la futura norma regule un sistema de infracciones y sanciones para las empresas que no cumplan las obligaciones de respeto, protección y promoción de los derechos humanos y ambientales; así como medidas dirigidas a garantizar el derecho de las víctimas al acceso a la justicia y a la debida reparación.

En este sentido, el Anteproyecto de ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales pretende dotar al ordenamiento jurídico español de un marco normativo tanto en materia preventiva como sancionadora y contribuir así de manera positiva tanto al prestigio de las marcas y la reputación de las empresas, como a la imagen de país en lo que respecta a la protección de los derechos humanos y el medio ambiente.

Son objetivos de la norma regular con carácter vinculante y general la obligación de las empresas o grupos transnacionales españoles, así como de aquellas empresas con carácter transnacional que operen en el mercado español, de respetar los derechos humanos y medioambientales en el conjunto de las actividades desarrolladas a lo largo de sus cadenas globales de valor, incluyendo la implementación a lo largo de toda la cadena de mecanismos de diligencia debida que contribuyan a prevenir, eliminar, mitigar y/o remediar posibles violaciones. Garantizar la participación de los sindicatos y las entidades no lucrativas en el desarrollo, implementación y supervisión de este tipo de medidas. Aportar seguridad jurídica a las relaciones económicas entre Estados y evitar prácticas de competencia desleal. Regular un sistema de infracciones y sanciones para las empresas que incumplan las obligaciones de respeto, protección y promoción de los derechos humanos y ambientales o que incumplan los mecanismos de diligencia debida, garantizando el acceso a la justicia de cualquier persona afectada para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas. Garantizar el acceso a la justicia para

⁵⁸ <https://www.uso.es/wp-content/uploads/2021/06/MANIFIESTO-PER.pdf>

reclamar la reparación efectiva a todas las personas o comunidades que hayan sido víctimas de violaciones de derechos humanos y ambientales derivados de las actividades realizadas por las empresas en el conjunto de sus cadenas de suministro. Garantizar que los sindicatos y las entidades no lucrativas puedan emprender acciones colectivas en nombre de las víctimas, así como nombrar una autoridad pública e independiente que vigile el cumplimiento de la ley (sin que en ningún caso su actividad interfiera en el acceso a la justicia para exigir el adecuado cumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma).

Además, se pretende evitar que la competencia sea distorsionada por las empresas que no cumplen con los actuales marcos voluntarios de respeto a los derechos humanos y ambientales frente a aquellas que lo hacen de forma decidida. En definitiva, se trata de concretar las obligaciones de las empresas de prevenir y, en su caso, reparar el eventual impacto de su actividad empresarial sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

La existencia de un marco normativo no sólo contribuiría a evitar las violaciones de derechos humanos y los efectos adversos de la actividad económica sobre el medio ambiente, sino que también ayudaría a evitar riesgos reputacionales y a fortalecer las ventajas comparativas de las empresas españolas. Pero lo cierto es que por el momento tampoco contamos con obligaciones y mecanismos jurídicos a nivel nacional.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Ante este panorama, la pregunta que se plantea es si cabe la posibilidad real de que los ordenamientos jurídicos pasen de un marco de recomendaciones a un marco de normas jurídicamente vinculantes y eficaces. No lo parece, de modo que, si no es así, este tipo de iniciativas tendrán sólo carácter cosmético e irán dirigidas a evitar sanciones por las distintas vulneraciones y a eludir las responsabilidades administrativas, civiles, penales, etc. que correspondan.

Quizás exista demasiada confianza en que poco a poco los mecanismos voluntarios existentes hayan generado un nivel de conciencia y compromiso tan profundo que sea capaz de desembocar en un proceso normativo que tenga carácter efectivo. Sin embargo, lo cierto es que no parece que vayan a producirse muchos avances ni en el ámbito del Derecho internacional a través de un nuevo tratado, ni en el Derecho comunitario a través de la futura directiva, ni en los Derechos nacionales a través de sus distintas leyes de diligencia debida.

En cualquier caso, si el objetivo es alcanzar un orden económico más justo y sostenible a nivel social y medioambiental, los datos no apuntan precisamente en esa dirección. Parece no tenerse en cuenta que vivimos dentro del marco de un modelo económico basado exclusivamente en el lucro en sí mismo; en el que se satisface la demanda en lugar de las necesidades humanas; en el que la explotación de recursos es insostenible; en el que la inversión está al servicio de la especulación; y en el que los intereses empresariales, que buscan por encima de todo la máxima rentabilidad

económica, se sitúan sin ningún tipo de control o problema por encima de los derechos humanos y de la naturaleza sobre la que se desarrolla la vida. Además, es difícil comprender la dimensión de la crisis ecológica si el mercado concibe a la naturaleza como una parte más del negocio y actúa como si los recursos naturales fueran inagotables.

Recordemos que, desde el punto de vista económico, la globalización no es más que un término camuflaje que cobra especial auge en la década de los 80 del siglo pasado dentro del marco de la teoría económica neoliberal que propugna la desregulación, la privatización y la apertura total de mercados, sosteniendo que el comercio internacional liberalizado es la mejor opción para una correcta asignación de los recursos a nivel internacional. Esta teoría considera que, para garantizar el desarrollo, es suficiente con liberalizar la economía y suprimir la intervención estatal. Sin embargo, no resulta complicado poner en tela de juicio ni la supuesta naturaleza autorreguladora de los mercados, ni el papel de las multinacionales en la acumulación de riqueza a través de oligopolios que eliminan la posible competencia, ni el desarrollo de los mercados financieros a través de movimientos de capitales que escapan a cualquier tipo de control nacional o internacional.

El problema es que así los Estados toman sus decisiones políticas en función de las directrices de los mercados económicos y financieros con la consecuencia directa de que su soberanía se ve cada vez más debilitada, ya que, para atraer inversiones, los gobiernos ofrecen una serie de incentivos (fiscales, financieros, normativos, laborales, medioambientales, etc.) dirigidos a favorecer la instalación de empresas extranjeras en un determinado país o territorio, compitiendo entre ellos por ofrecer las menores exigencias en cada una de las fases de la cadena.

Se produce de este modo un desplazamiento de poder hacia organizaciones empresariales que se sitúan por encima de los Estados, lo que conlleva un proceso de concentración de las decisiones económicas en corporaciones internacionales que se colocan al margen del control democrático con importantes repercusiones desde el punto de vista económico, social y medioambiental en todo el mundo.

La situación se agrava todavía más en el caso de los denominados “países en vías de desarrollo”, ya que no se incluyen derechos laborales, cláusulas sociales y cláusulas medioambientales en los acuerdos comerciales (situación que beneficia enormemente a las empresas transnacionales). Mientras en otras etapas este tipo de acuerdos se centraban en negociar aranceles, ahora también se centran en fomentar privatizaciones (bajo el eufemismo de “apertura de mercados para favorecer el comercio de bienes y servicios”) y en proteger patentes e inversiones.

Los tratados económicos de nueva generación no se configuran como herramientas neutras dirigidas a facilitar el libre comercio, sino que su objetivo se centra en la búsqueda del mayor beneficio posible en el plazo de tiempo más corto a través del fomento de las exportaciones, la economía financiera y las privatizaciones, con consecuencias sobre el medio ambiente, los derechos sociales y laborales e incluso sobre el propio sistema democrático (ya que las negociaciones suelen sustraerse al conocimiento y al debate ciudadano).

En el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP), por ejemplo, ninguna de las obligaciones asumidas por los Estados firmantes está relacionada con los derechos humanos o el medio ambiente. Así que la multitud de tratados recientemente negociados (en una dirección totalmente opuesta a los principios de debida diligencia) marcan una nueva ofensiva por regular el comercio mundial en favor de las grandes empresas⁵⁹.

Como señalan algunos autores, pese a los valores que dice defender la UE, estos tratados fomentan un marco legal que permite a las corporaciones transnacionales imponerse al resto, en un sistema cada vez más desigual, que destruye empleo, desplaza al pequeño comercio, daña los ecosistemas y tensa más el conflicto social⁶⁰.

Además, la multiplicación de este tipo de tratados y la consiguiente apertura de las fronteras por parte de los países en desarrollo permite la importación de materias, bienes y alimentos frecuentemente subvencionados. Estas importaciones han conducido a la quiebra a millones de pequeños productores, que se han convertido en mano de obra sin acceso a recursos naturales y medios con los que poder trabajar para subsistir.

Los tratados de libre comercio y de inversión suponen una creciente regulación supranacional que desarticula la capacidad de regulación de los distintos países bajo la idea constante de que privatizar, liberalizar y favorecer el comercio internacional es siempre algo positivo con el objetivo de ampliar y afianzar el orden económico neoliberal, cuyas consecuencias desde el punto de vista práctico es imposible desconocer.

En realidad, el análisis de la asignación óptima de los recursos desde el punto de vista estrictamente lucrativo desplaza muy lejos el análisis del problema de la redistribución de la renta y la riqueza. Sin embargo, acercar los lugares de producción a los de consumo responde, sin duda, a una exigencia democrática, social y ecológica.

En definitiva, estos tratados configuran un entramado legal que permite a las corporaciones transnacionales situar sus intereses por encima de todo. Como señala el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la pugna por atraer inversiones lleva a los países a competir a la baja en salarios, prestaciones sociales y exigencias de carácter medioambiental, de modo que la flexibilidad de leyes laborales y medioambientales a nivel internacional se traduce en cada vez peores consecuencias para las personas trabajadoras y los ecosistemas, aumentando los niveles de desigualdad⁶¹.

¿Será posible entonces construir un compromiso compartido entre Estados, empresas y ciudadanía dirigido a que el respeto a los derechos humanos y al medio ambiente

⁵⁹ Entre ellos también, el Acuerdo Integral de Economía y Comercio (CETA), el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (TISA), la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP), etc.

⁶⁰ Ver en este sentido RICO, BÁRCENA, GONZÁLEZ y KUCHAZ, “La globalización capitalista en clave de tratados comerciales”, en *Las amenazas del TTIP y el CETA. Los acuerdos comerciales como estrategia de dominación del capital*, Guamán y Jiménez (Coord.), Pollen Edicions, 2016, págs.15 y 16.

⁶¹ PNUD, “Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia”, Nueva York, 2014.

se sitúe por encima de los intereses y los beneficios económicos? Dentro del marco del actual modelo económico resulta complicado, así que está por ver si seremos capaces de articular otros modelos socioeconómicos que impulsen no sólo un desarrollo económico sostenible, sino también un desarrollo social que garantice el acceso concreto de todos los seres humanos a todos sus derechos individuales y colectivos.

Mientras tanto, la diligencia debida no parece configurarse como un mecanismo capaz de situar de forma eficaz la protección de los derechos humanos y el medio ambiente como guía de actuación ni en el ámbito de las políticas públicas ni en el ámbito empresarial.

6. BIBLIOGRAFÍA

CENTENO HUERTA, Sonsoles, DEL SAZ-OROZCO MONSALVE, José y CARAZO NÚÑEZ, Clara, "El Pacto Verde Europeo: la transformación del marco regulatorio de la Unión Europea para lograr una sostenibilidad competitiva de la economía", en *Estudios Jurídicos sobre Sostenibilidad: Cambio Climático y Criterios ESG en España y la Unión Europea*, José María de Paz Arias (Dir.) y María Luisa Delgado Arrabal (Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2023, págs.53-98.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "El Pacto Verde Europeo" (COM (2019) 640 final de 11 de diciembre de 2019).

Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024 (JOIN (2020) 5 final de 25 de marzo de 2020).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible (COM (2022) 66 final de 23 de febrero de 2022).

DE SCHUTTER, Olivier, *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

DELGADO ARRABAL, María Luisa, "La propuesta de directiva de diligencia debida medioambiental y de derechos humanos en las cadenas de suministro", en *Estudios Jurídicos sobre Sostenibilidad: Cambio Climático y Criterios ESG en España y la Unión Europea*, José María de Paz Arias (Dir.) y María Luisa Delgado Arrabal (Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2023, págs.447-495.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., "La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.14, Nº2, 2022, págs.427-455.

FRIENDS OF THE EARTH EUROPE, EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE Y CORPORATE EUROPE OBSERVATORY, *¿Salir impunes? Cómo presionan las empresas contra la responsabilidad por abusos ambientales y de derechos humanos*, junio 2021.

GARCÍA MEDINA, Javier, "Enfoque basado en derechos humanos como guía de acción en la diligencia debida de las empresas", *Revista de Estudios Europeos*, Nº extraordinario monográfico, 2 (2023), págs.207-235.

GRASS SAGRERA, Jordi y BERNAUS JOVELL, Mariona, "La responsabilidad civil de los administradores sociales por incumplimiento del deber de diligencia en materia de criterios de sostenibilidad", en *Estudios Jurídicos sobre Sostenibilidad: Cambio Climático y Criterios ESG en España y la Unión Europea*, José María de Paz Arias (Dir.) y María Luisa Delgado Arrabal (Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2023, págs.539-560.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, "Diligencia debida en derechos humanos: ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales?", *Revista de Derecho Social*, Nº95, 2021, págs.65-94.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, "Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales", en *Trabajo y Derecho*, Nº87, 2022, págs.1-31.

HUMAN RIGHTS WATCH, *UE: Proyecto decepcionante sobre diligencia debida de las corporaciones*, febrero 2022.

LEBARGGON, G., "Subcontracting is not ilegal, but is it unethical? Business ethics, forced labor, and economic success", *The Brown Journal of World Affairs*, vol.20, nº2, 2014, págs.237-249.

LOZANO CONTRERAS, J.F., *La noción de diligencia debida en Derecho Internacional Público*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.

MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen, "Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: orígenes, evolución y perspectivas de futuro", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.14, Nº2, págs.605-642.

MARTÍN-ORTEGA, Olga, "La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad", *Papeles el tiempo de los derechos*, Nº9, 2013, págs.1-23.

MARTÍN-ORTEGA, Olga, "Human rights due diligence for corporations: From voluntary standards to hard law at last", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32 (1), 2014, págs.44-74.

NACIONES UNIDAS. *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales* (Doc. A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008).

NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de la Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, Nueva York y Ginebra, 2011.

NACIONES UNIDAS. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos. *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos* (A/HRC/RES/26/9 de 2014).

NACIONES UNIDAS. Resolución de la Asamblea General. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (A/RES/70/1 de 2015).

OBSERVATORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, *Aprobación de la Directiva de Diligencia Debida de las Empresas en materia de Sostenibilidad: un hito de los derechos humanos que no alcanza la verdadera justicia empresarial*, marzo 2024.

OIT, WALK FREE Y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna. Trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, 2022.

PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, Nueva York, 2014.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM (2022) 71 final de 23 de febrero de 2022).

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso (COM (2022) 453 final de 14 de septiembre de 2022).

Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (C 474/11 de 24 de noviembre de 2021).

RICO, BÁRCENA, GONZÁLEZ y KUCHARZ, “La globalización capitalista en clave de tratados comerciales”, en *Las amenazas del TTIP y el CETA. Los acuerdos comerciales como estrategia de dominación del capital*, Guamán y Jiménez (Coord.), Pollen Edicions, 2016.

VOSS, Hinrich, “Implications of the COVID-19 pandemic for human rights and modern slavery vulnerabilities in global value chains”, *Transnational Corporations*, Vol.27 (2), 2020, págs.113-126.