

“Debida Diligencia” (“Due Diligence”) Corporativa en materia de Derechos Humanos: el nuevo reto de la empresa.

La debida diligencia corporativa se configura como el nuevo reto regulatorio de las empresas el cual tiende a acelerarse con la eventual promulgación de un instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, la actividad de las empresas transnacionales y otras empresas, por parte de la Organización de las Naciones Unidas.

¿Qué es la “Debida Diligencia” en materia de Derechos Humanos y empresas?

El concepto de empresa ha evolucionado con el paso del tiempo. Actualmente, éste ya no es únicamente sinónimo de dinero, lucro, especulación o sustento, sino que se ha ido creando un nuevo paradigma respecto al impacto de sus actividades frente al factor humano, considerando éste como el activo más importante de las corporaciones para su sostenibilidad y permanencia.

Lo anterior cobra especial relevancia desde que las Naciones Unidas emprendieron esfuerzos para regular el impacto de las actividades empresariales en materia de derechos humanos, llevando a que se esté trabajando en normativa en la materia tanto a nivel internacional como a nivel doméstico en distintas jurisdicciones del mundo.

Esto ha llevado a que el concepto de “debida diligencia” (due diligence), que si bien le es familiar al derecho de la empresa, haya migrado al ámbito de la protección de los derechos humanos, convirtiéndose en el reto regulatorio emergente de las corporaciones de todo el mundo en la última década, implicando la necesidad de que las empresas incorporen a lo largo de su cadena de valor y transversalicen en sus operaciones, mecanismos de identificación, evaluación, prevención, mitigación y, en su caso, remediación, por potenciales violaciones a derechos humanos de terceros derivados de sus actividades.

El desarrollo normativo, tanto a nivel doméstico como internacional, se está acelerando, generando una necesaria e inminente actualización de los sistemas de gestión empresarial, y llevando en consecuencia a transitar de una tradicional visión de contención de riesgos legales, a una renovada política basada en la prevención.

Derecho Internacional y la Debida Diligencia.

En los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”, documento elaborado por las Naciones Unidas en 2011¹, se establecieron por vez primera un catálogo de obligaciones, tanto

¹ Ruggie, John, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”, [en línea], Ginebra, Naciones Unidas, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf



del Estado cómo de las Empresas, en materia de derechos humanos. Este trabajo es considerado pionero en la materia a nivel internacional².

Dicho documento, estableció los que Estados contraen obligaciones en materia de respeto a los derechos humanos de las personas que se encuentren dentro de su territorio y, que, si bien éstos no pueden hacerse responsables por las violaciones a derechos humanos cometidas por agentes privados, si se encuentran obligados y serán responsables cuando no adopten medidas suficientes para prevenir, investigar, castigar y reparar dichas violaciones por parte de estos.

¿Qué es la Debida Diligencia respecto las empresas?, y ¿qué tiene que ver esto con los Derechos Humanos?.

Lo anterior es conocido como “debida diligencia”, concepto que refiere un esquema de corresponsabilidad entre el Estado y los agentes privados (o empresas) a través de un conjunto de medidas políticas, legislativas y administrativas que el Estado tiene la obligación de implementar para así garantizar que los agentes privados respeten los derechos humanos y el marco regulatorio existente para ello.

La debida diligencia implica que los Estados, para impedir abusos en el extranjero por parte de empresas registradas en su jurisdicción, tienen la obligación de establecer medidas para evitar que las empresas incurran en violaciones a derechos humanos, teniendo como finalidad el asegurar el comportamiento de las empresas.

Ejemplos de algunas medidas que pueden ser adoptadas en concordancia con lo anterior, son la creación de directrices de derechos humanos para las empresas, normas de conducta exigidas por instituciones que apoyan inversiones en el exterior, así como sanciones penales, que tengan como propósito el enjuiciar a los responsables sobre la base de su nacionalidad, pero con independencia de el lugar en donde se haya cometido un ilícito, o bien, un acto lesivo a terceros. Esto también implica que los Estados evalúen si están aplicando eficazmente las leyes domésticas de protección a derechos humanos en su territorio y emprendan esfuerzos suficientes para que la debida diligencia en materia de derechos humanos sea exigible a las empresas. En consecuencia, el Estado deberá proporcionar los elementos suficientes para que las empresas aborden cuestiones de género, problemas específicos de los pueblos indígenas, de niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y cualquier otro grupo en situación de vulnerabilidad, además de evitar acciones nocivas para el medio ambiente, a los derechos laborales y cualquier otra contraria a la dignidad humana.

Cabe mencionar que la exigencia de debida diligencia también prevé que aquellas empresas controladas por el Estado deben estar sujetas a una obligación mayor de respeto a los derechos humanos, pues al estar vinculadas directamente con la actividad estatal, necesariamente conllevan un riesgo mayor.

² Cabe mencionar que desde 2008, ya existían antecedentes similares, como la Resolución No. 63/263 de la Asamblea General de ONU, mediante la cual se emitieron las “*Directrices sobre Derechos Humanos para las Empresas Farmacéuticas en relación con el Acceso a Medicinas*”.



Asimismo, cabe destacar que la debida diligencia, implica que los Estados tienen la obligación de ejercer su facultad de supervisión sobre las empresas que presten servicios con un posible impacto al goce de los derechos humanos de la población, infiriendo un esquema de responsabilidad compartida, donde las corporaciones tendrán que diseñar e implementar medidas de prevención y mitigación de riesgos en sus actividades, al tiempo que el Estado deberá vigilar su cumplimiento y de no ser así, sancionar a quien incumpla.

Por ejemplo, una medida cada vez más recurrente es establecer en los contratos de prestación de servicios celebrados entre Estado y empresas, la obligación de respetar en todo momento los derechos humanos e implementar sanciones o bien, dar por terminada la relación contractual.

Es importante hacer notar que una empresa puede incurrir en responsabilidad empresarial por violaciones a derechos humanos cuando ésta provoque afectaciones bajo tres supuestos, a saber: (i) por actividades propias, (ii) por actividades de entidades asociadas (como subsidiarias, filiales o socios comerciales) que contribuyan a provocar una afectación, y (iii) por actividades de alguna entidad con la que la empresa mantenga alguna relación comercial y esté vinculada con las operaciones, productos, servicios de ésta, o bien, forme parte de una cadena de suministro de la empresa y que causen una afectación.

Ha sido de tal importancia el desarrollo del concepto de debida diligencia en las transacciones comerciales que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ("OCDE"), desde 2011 impulsa un nuevo concepto denominado "conducta empresarial responsable", el cual significa que "todas las empresas, independientemente de su forma jurídica, tamaño, estructura de propiedad o sector, evitan y abordan las consecuencias negativas de sus operaciones, al tiempo que contribuyen al desarrollo sostenible de los países en donde operan"³.

En consecuencia, se advierte que la diferencia entre la conducta empresarial responsable, la responsabilidad social corporativa y la responsabilidad empresarial por violaciones a derechos humanos, consiste en que la primera se entiende como la debida diligencia basada en el riesgo, es decir es un proceso mediante el cual las empresas mitigan impactos potencialmente negativos y actuales y de como éstos deben ser abordados conjuntamente por la empresa y los Estados.

La segunda es una manifestación del gremio empresarial con la finalidad de mantener cercanía con la población, buscando generar identidad con la sociedad a través de la empatía sobre los problemas que puedan presentarse en la sociedad, es decir, es un mecanismo autogenerado por parte de las empresas que no implica sanción alguna por no ser exigible por el Estado.

³ Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERAL). El Proyecto "Conducta Empresarial Responsable" es implementado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos (ACNUDH). Está financiado y diseñado en colaboración con la Unión Europea (UE). Disponible en: <http://mneguidelines.oecd.org/RBC-LAC-scope-and-activities-Spanish.pdf>



Mientras que la responsabilidad empresarial por violaciones a derechos humanos es un deber por parte de las empresas de no violar estos derechos derivado de sus actividades, siendo exigible por el Estado mediante leyes y teniendo como finalidad la consolidación de los derechos humanos en un sistema jurídico, así como el respeto por parte de las empresas a estos.

Finalmente, cabe mencionar que, desde Naciones Unidas, en junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, adoptó durante su Vigésima Sexta sesión una resolución llamando a la creación de un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, cuyo mandato fuera el de “*elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para reglamentar los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*”. Dicha resolución, propuesta por Ecuador y Sudáfrica, fue adoptada con 20 votos a favor, 13 abstenciones y 14 en contra; actualmente va en su sexta ronda de negociaciones tras dos borradores preliminares, indicando que quizás este año o en 2022, dicho tratado finalmente sea promulgado.

Lo que se dice en otros países al respecto.

Es preciso señalar que existen países que ya cuentan con legislaciones en la materia, por ejemplo, en **Francia** que, desde febrero del 2017, se aprobó la Ley sobre Diligencia Debida para las Empresas⁴, estableciendo obligaciones a las empresas para que evalúen y prevean los impactos negativos que puedan derivarse de sus actividades empresariales.

Esta ley fue criticada en su momento por parte de diferentes grupos, entre ellos las organizaciones francesas de la sociedad civil, quienes argumentaban que dicha ley únicamente aplicaba a empresas francesas de gran tamaño o con una cantidad considerable de trabajadores a su cargo dejando a un lado a las empresas de menor tamaño.

Si bien es cierto que una de las obligaciones impuestas por la ley hacia las empresas es la elaboración de una carta de riesgos para jerarquizarlos, el establecimiento de procedimientos para la evaluación de filiales, subcontratistas y proveedores, así como acciones para la disminución o prevención de afectaciones graves entre otras, estas suponen un primer paso en la legislación francesa y representa un gran avance en materia de empresa y derechos humanos.

Por su parte, en **Canadá**, el Ministro de Comercio Internacional anunció desde el año 2018 la creación del “Defensor Canadiense para la Empresa Responsable”, OCER por sus siglas en francés (Ombudsman Canadien pour la Responsabilité Sociale de Entreprises).

El OCER tiene como labores principales las siguientes:

- i. Investigar de forma independiente las presuntas violaciones a derechos humanos relacionadas con las actividades de las empresas canadienses en el extranjero;

⁴ LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre; URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034290626/>



- ii. Resolver cualquier conflicto existente entre los afectados y las empresas canadienses imputadas;
- iii. Realizar todo tipo de recomendaciones para reformar leyes e implementar o modificar políticas públicas que deficientes para la protección de los derechos humanos; y
- iv. Elaborar informes, llevar a cabo medidas correctivas y garantizar la instauración de éstas.⁵

La creación del OCER se debe a que el gobierno canadiense era reiteradamente demandado para que responsabilizara a sus empresas operando en otros países que estaban implicadas en presuntas violaciones a derechos humanos y daños graves al medio ambiente. Como consecuencia de lo anterior, se anunció la creación de un consejo consultivo donde se pretende incluir a representantes de las empresas, del mundo legal y académico.

Recientemente, **Alemania** anunció que promulgaría la "Supply Chain Act", una ley en materia de responsabilidad empresarial por violaciones a derechos humanos que tiene por objeto fiscalizar las cadenas de suministro para garantizar que éstas se encuentran libres de prácticas contrarias a derechos humanos, la cual, una vez aprobada, aplicará a poco más de 600 empresas con al menos 3,000 mil empleados en 2023 y a aproximadamente 2,900 empresas con más de 1,000 empleados a partir de 2024. Un esfuerzo regulatorio que, una vez materializado, se convertirá en el más relevante en la materia a nivel internacional.

La legislación alemana, demuestra un claro avance respecto a la legislación francesa, toda vez que el marco jurídico pretende abarcar no solamente empresas de gran tamaño, sino progresivamente también a aquellas con menos empleados, además de que esta iniciativa incrementa el nivel de exigencia, toda vez que pretende responsabilizar legalmente a aquellas empresas que incurran en distintas violaciones, desde el derecho al medio ambiente, hasta afectaciones al derecho a la salud.

Por su parte, en la **Unión Europea**, el Comisionado de Justicia Didier Reynders, señaló en abril del 2020, que la Comisión Europea presentaría una agenda legislativa que tenía como objetivo la creación de un marco jurídico comunitario que estableciera obligaciones en materia de debida diligencia para las empresas respecto al cuidado del medio ambiente y el respeto a los derechos humanos a lo largo de las cadenas de suministros globales en que concurran en los Estados parte de la Unión Europea.

Dicha agenda es producto de organizaciones de la sociedad civil quienes han solicitado de manera reiterada, la creación de leyes de carácter vinculante para que las empresas se responsabilicen por violaciones a derechos humanos cometidas en los últimos años, así como para garantizar el acceso a las víctimas a una reparación integral del daño.

Finalmente, cabe mencionar que, además de los esfuerzos de Francia y Alemania para reglar la responsabilidad empresarial por violaciones a derechos, países como **Suiza, Dinamarca, Holanda**

⁵ Méndez López, Adalberto; "Ombudsman Corporativo: Reflexiones sobre Derechos Humanos y Empresas", Flores Editores; México, 2019. Pág. 34.

⁶ Entendidas estas como el conjunto de actividades, instalaciones y medios de distribución necesarios para llevar a cabo el proceso de venta de un producto en su totalidad.



e Italia, ya cuentan con iniciativas de ley en sus parlamentos pendientes de aprobación, reafirmando la dinamicidad de la materia y su evolución normativas a nivel internacional.

En México.

En nuestro país existe ya un proyecto de ley en materia de debida diligencia corporativa en materia de derechos humanos, misma que se encuentra pendiente de resolución análisis y dictamen en la Cámara de Senadores⁷. De ser aprobada, se convertiría en la primera legislación de su tipo en América Latina.

La Iniciativa de “Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida Diligencia Corporativa”, nace como resultado de la Recomendación General No. 37 sobre el Respeto y Observancia de los Derechos Humanos en las Actividades de las Empresas emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos el 21 de mayo de 2019.

Dicha recomendación parte de la premisa de que es necesario crearse un nuevo paradigma empresarial que permita incursionar un nuevo modelo de actividad productiva que tenga como resultado beneficios para la empresa, la sociedad y el Estado, recomendando al Congreso de la Unión regular la responsabilidad de las empresas en materia de violaciones a derechos humanos, a través de medidas efectivas de protección a estos, así como con la participación y voluntad por parte de las empresas para su cumplimiento.

La iniciativa de ley referida, aborda temas fundamentales tales como: (i) la creación de un registro sobre responsabilidad empresarial con la finalidad de fiscalizar el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos y responsabilidad social de las empresas, (ii) incorpora el arbitraje y la mediación como mecanismos para dirimir controversias en la materia, (iii) procura la prevención de riesgos mediante la implementación de mecanismos de control y cumplimiento en materia de derechos humanos, (iv) transforma a la responsabilidad social empresarial en un mecanismo eficiente de control y mitigación de daños, y (v) establece un régimen sancionatorio mixto que incorpora desde multas y apercibimientos administrativos, al tiempo que clasifica las sanciones en graves y leves, equiparando algunas como delitos.

Puntos para tener en cuenta respecto de la Debida Diligencia Corporativa en materia de Derechos Humanos.

- Distintas jurisdicciones del mundo, incluida la mexicana, ya están trabajando en proyectos de ley que incorporen la debida diligencia en materia de derechos humanos como parte del marco regulatorio de las empresas, implicando necesariamente la creación y/o actualización, según sea el caso, de sistemas de gestión de control y cumplimiento o compliance en la materia.

⁷ Iniciativa de Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida Diligencia Corporativa, presentada por el Senador Germán Martínez Cázares. Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/3/2020-10-06-1/assets/documentos/Inic_Morena_Sen_German_Diligencia_Corporativa.pdf



- La extraterritorialidad de las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos constituye una tendencia regulatoria ineludible, derivada de la normativa que sobre debida diligencia se viene desarrollando, aunado a que a nivel internacional se ha buscado insistentemente que las violaciones a derechos humanos cometidas por agentes públicos o privados en el extranjero, según sea el caso, puedan ser justiciables en las jurisdicciones de origen de los agentes.
- La incorporación de obligaciones en materia de protección a derechos humanos por parte de agentes privados constituye un replanteamiento del derecho de empresa tradicional que exige nuevas capacidades profesionales e innovadores instrumentos legales que, además de contener riesgos, los prevengan eficientemente.

ECIJA México, S.C.⁸

Para más información contacte a:

Adalberto Méndez
(amendez@ecija.com)

⁸ Derechos Reservados ©, ECIJA México, S.C., Insurgentes Sur 1605, Piso 10, Módulo D, Benito Juárez, Ciudad de México, C.P. 03900. Quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, traducción, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra sin autorización escrita de ECIJA México, S.C.