

El cambio de paradigma empresarial en cuanto a derechos humanos: del simple «respeto» a la norma al «imperante rol preventivo» en materia de *compliance*

Carolina Montaña Fajardo¹

A partir de 2011, cuando se expidieron los *Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos por las Naciones Unidas*, se ha evidenciado un cambio progresivo en el rol que desempeñan las empresas en la lucha por los derechos humanos (en adelante, DD. HH.). Esto como consecuencia tanto del desarrollo normativo internacional como del nacional, que continuamente están regulando el tema —bien sea en un nivel macro o por temáticas (trabajo infantil, esclavitud, etc.)— como parte de un compromiso mundial en la erradicación de violaciones de los DD. HH. en un contexto empresarial globalizado. Se muestra ahora una etapa ligada a la voluntad empresarial de informar las medidas implantadas dentro de las compañías, y otra al deber de valorar y supervisar la gestión de terceros como garantía de *compliance* en toda la cadena de valor en la producción de bienes y servicios.

SUMARIO:

¹ Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada, con especialización en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Compliance Officer de la Universidad Complutense de Madrid y certificada en Compliance por la International Federation of Compliance Associations (IFCA) y la Asociación Española de Compliance (ASCOM). Cuenta, además, con estudios tecnológicos en criminalística y ciencias forenses. Se desempeñó, durante varios años, como investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación de Colombia (CTI). Actualmente es la responsable de los sistemas de *compliance* de SENER Grupo de Ingeniería, S.A.

I. Introducción; II. Rol inicial: del respeto a los DD. HH.; III. Rol actual: de la voluntad de asegurar el cumplimiento de los DD. HH.; IV. Rol expectante: de la obligación de prevenir la violación de los DD. HH.; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

I. Introducción

En el imaginario del ciudadano corporativo algunos ámbitos resultan ajenos y bastantes distantes de la realidad que implica la administración de un negocio. Uno de estos temas, que por «tradición» cuesta asociar con la dinámica diaria de una sociedad, es la lucha contra la violación de los DD. HH. Este planteamiento no resulta difícil de entender, ya que, en las últimas décadas, a este asunto se le ha dado una connotación negativa (asociándolo a problemáticas de conflicto armado) y distante de la realidad de la sociedad en general, ubicándolo en latitudes extremas y escenarios de violencia. En consecuencia, algunos empresarios afirman ligeramente que el tema no se interrelaciona con los procesos corporativos tradicionales, le restan importancia y aducen que el cumplimiento de los DD. HH. se entiende como hecho implícito al no convivir con esas posibilidades de riesgo (violencia) dentro de la organización.

Esta perspectiva, aunque popular, cada día es menos vigente. En la actualidad, cada vez son más importantes los temas sobre las garantías de DD. HH. y los deberes que debe cumplir y respetar el ciudadano corporativo. Estos temas se incorporan así a los programas de *compliance* y gestión de riesgos de las empresas.

Lo anterior, no solo para no ser sujeto de sanciones, sino para estar en línea con los criterios que la sociedad actual y la legislación «exigen», ya que los temas reputacionales y de responsabilidad corporativa, como son la sostenibilidad y la inclusión, son fuertemente valorados por potenciales inversores², consumidores o trabajadores.

Es así como en la presente columna realizaremos una breve descripción del cambio de intervención del rol que han sufrido las empresas frente al tema del respeto por los DD. HH., a través del desarrollo legislativo y su incorporación en las áreas de *compliance* y responsabilidad social corporativa (en adelante, RSC). Para esto, tomaremos como base los famosos *Principios rectores sobre las*

² Un ejemplo de esto son los Criterios ASG o ESG, según sus siglas en inglés, que se refieren a factores ambientales, sociales y de gobierno corporativo que se tienen en cuenta a la hora de invertir en una empresa.

*empresas y los Derechos Humanos*³ de las Naciones Unidas de 2011, momento en el que se realiza, tal vez, la primera⁴ declaración internacional sobre el deber de las empresas de respetar los DD. HH. Luego, analizaremos cómo estos sirvieron de base para el surgimiento y posterior proliferación de normas e iniciativas con carácter voluntario de información o cumplimiento internacional y, más recientemente, para la elaboración de normas que exigen un rol proactivo y de prevención por parte de las compañías.

II. Rol inicial: del respeto a los DD. HH.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece por primera vez que los derechos humanos fundamentales deben protegerse en el mundo entero⁵, por lo que se han incorporado en diferentes ordenamientos a través de tratados que tienen como punto común el papel del Estado como garante y protector de los DD. HH. de los ciudadanos.

Sin embargo, fue solo hasta 2011 cuando se publicó esa primera declaración de *Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos* que se reconoció que tanto el Estado como las empresas tienen una tarea importante en el respeto de esos derechos. Este trabajo⁶ fue el resultado del esfuerzo de más de seis años de la relatoría especial creada por la ONU y encargada a John Ruggie⁷—como Representante Especial del Secretariado General para la cuestión de los DD. HH. y

³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. 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]. Nueva York y Ginebra: ONU, 2011. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

⁴ RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL. Empresas y derechos humanos: acciones y casos de éxito en el marco de la Agenda 2030 [en línea]. Madrid: RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL, 2019, p. 3. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2019/11/Empresas-y-derechos-humanos.pdf>

⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos [en línea]. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar». *Op. cit.*, p. 4.

⁷ IBÁÑEZ-M., Pilar y ORDÓÑEZ-S., Viviana. Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos, En: *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Octubre, 2015. Vol. 12, n.º 24, p. 222. Recuperado de <https://doi.org/10.11144/Javeriana.IL14-24.pedd>

las empresas transnacionales y otras empresas—, y que después fue acogida y respaldada por unanimidad por el Comité de Derechos Humanos con la creación de un grupo de trabajo dedicado a la difusión y aplicación de los mismos.⁸

El informe tiene como columna vertebral tres principios generales: « Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos [...]; el papel de las empresas [...] de cumplir con todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; y la necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento»⁹.

Aunque el entendimiento e interpretación de estos principios no deben hacerse de manera aislada (por ser parte de un todo coherente), ahondaremos en el segundo de ellos por ser objeto central de la presente columna. Ello sin desconocer el rol fundamental que debe desempeñar el Estado como actor principal en la lucha por la garantía de los DD. HH.¹⁰

En concreto, el segundo principio general indica «El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos».¹¹

Sobre este punto es importante hacer una serie de precisiones sobre el alcance de este principio: el respeto a los DD. HH. va más allá del cumplimiento de las normas y leyes de cada país. Este principio se aplica a todas las empresas, independiente del tamaño o el sector, y los principios no tienen carácter vinculante.

⁸ BLITT, Robert C. Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting and Embracing Approach to Corporate Human Rights Compliance, En: Texas International Law Journal. 2012. Vol. 48, Issue 1, p. 43. Recuperado de <https://respect.international/wp-content/uploads/2017/09/Beyond-Ruggie.pdf>

⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar». *Op. cit.*, p.1. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

¹⁰ A la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se deberán sumar como objeto de cumplimiento el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, que, conjuntamente, conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos. [Consultado el 27 de mayo de 2022] <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights/international-bill-human-rights>

¹¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar». *Op. cit.*, p.1. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

El principio general de «respeto» de las empresas está, a su vez, conformado por cinco principios fundacionales y cuatro tipos de principios operativos entendidos como el compromiso político¹², la diligencia debida en materia de derechos humanos, reparación, y cuestiones de contexto de la organización.¹³

Uno de los principios fundacionales (principio 13), y que resume el «deber ser» de las empresas, indica:

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

- a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan.
- b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.¹⁴

A modo de crítica, vemos que la acción exigida a las empresas es «respetar», es decir, no hacer nada contrario a la ley, y sabemos que el «respeto» de los DD. HH. va mucho más allá de eso. Esto se traduce en dos acciones concretas dentro de las organizaciones: por un lado, tenemos que «evitar» que las propias actividades de la empresa provoquen, o contribuyan a provocar, consecuencias negativas sobre los DD. HH., y por otro, «tratar» de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los DD. HH. que estén directamente relacionadas con las actividades de la empresa¹⁵.

Lo primero a destacar, más allá del carácter no vinculante del informe, es el uso de verbos o palabras que implican una voluntad, pero no exigencias categóricas claras («tratar», «procurar», etc.), es decir, la prevención está enfocada en «tratar» de prevenir, sin indicar que esto deberá realizarse de forma efectiva y discriminando los medios para su realización o el alcance de esa «intención» de prevención.

¹² Entendido como las declaraciones de principios y compromisos que realizan las empresas a través de la suscripción de políticas en materia de DD. HH. o temas puntuales.

¹³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos – Guía de interpretación. [en línea]. Nueva York y Ginebra: ONU, 2012, pp. 7-10. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/HR.PUB.12.2_sp.pdf

¹⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar». *Op. cit.*, p. 18.

¹⁵ *Ibid.*, p. 17.

En segundo lugar, y conforme con la descripción del principio, la empresa debe respetar los DD. HH. en sus actividades y operaciones, y limitar el alcance a lo que está en el «paraguas» de su administración, pero sin incluir a sus grupos de interés o a terceros dentro de la valoración de riesgos.

Esto lo ha de realizar con tres procesos habituales en materia de *compliance*: una declaración de principios o políticas, la debida diligencia periódica de las actividades de riesgos (matriz de riesgos) y la integración en los procesos corporativos. Esto es, observar si dentro de la actividad misional de la empresa puede existir algún riesgo de violación en grandes líneas, sin llegar a considerar las tareas de apoyo de la compañía o los terceros intervinientes.

Esto fue apropiado y correcto para su momento, ya que los principios no pretendían crear un derecho internacional vinculante¹⁶, sino generar una declaración de principios a modo de base impulsora de la elaboración de otras normas de forma paulatina, como veremos más adelante.

De igual forma, es importante tener en cuenta que estos principios se debían transponer o trasladar a los planes nacionales de empresas y de DD. HH. de cada país, proceso que no ha concluido — solo lo han hecho veintiséis países, siendo Reino Unido el primero de ellos, en 2013, y Pakistán el más reciente, en 2021 —. Colombia lanzó el Plan en diciembre de 2015¹⁷.

III. Rol actual: de la voluntad de asegurar el cumplimiento de los DD. HH.

Una posible respuesta a las críticas¹⁸ antes indicadas sobre el tono y el alcance de los Principios Rectores de 2011 fue su labor de catalizadores no solo de diferentes normas, sino también de una posición introspectiva corporativa para llegar a entender y garantizar que las actividades (misionales

¹⁶ BLITT, Robert C. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. Planes de acción nacionales sobre empresas y derechos humanos. [en línea]. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-business/national-action-plans-business-and-human-rights>

¹⁸ BLITT, Robert C. *Op. cit.*, pp. 52-55.

o no) que desarrolla una empresa no violan los DD. HH.¹⁹ Aquí vamos a ver cómo se da ese primer cambio.

Se pasó de un discurso de muy alto nivel de organismos internacionales²⁰ —que reconocía la importancia, un poco etérea, de las empresas en el respeto a los DD. HH.— al desarrollo inicial de normas con exigencias puntuales sobre el procedimiento de garantía de esos DD. HH., y, aún más importante, la concientización del papel primordial de los empresarios en esta problemática.

Por lo tanto, este periodo, que en muchas latitudes se está viviendo, se caracteriza por el aumento de normas, la exigencia de información a determinadas empresas y por una voluntad de las empresas por implantar medidas y llevar el tema de los DD. HH. como un criterio de prestigio social²¹. Más allá de enunciar los diversos instrumentos en donde se hacen tangibles estas características, analizaremos cada una de ellas.

El primer paso, y el más obvio después de una declaración internacional de principios, es su incorporación en el ordenamiento jurídico estatal a través de transposiciones, tratados internacionales o creación de leyes nacionales. Es así como en diferentes países se han regulado las actividades de algunos sectores, de algunos procesos específicos de la operatividad corporativa, o se ha buscado combatir, en concreto, una tipología de violación de DD. HH.

Inicialmente, este tipo de normas²² pretendieron cerrar un poco el campo amplio que habían dejado los principios de Ruggie, ya que limitaban la clase de compañías que eran objeto de regulación (por facturación y/o domicilio, siendo objetivo claro las empresas grandes o transnacionales), y establecían una serie de herramientas para las autoridades en procura de concretar esa lucha.

De manera casi simultánea, se desarrollaron muchas normas que tienen como propósito, entre otros, que las empresas informen y declaren formalmente su cumplimiento de los DD. HH. mediante la

¹⁹ FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP. Business and Human Rights. Navigating the legal landscape [en línea]. Nueva York y Washington D. C., 2020, p.16. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://respect.international/wp-content/uploads/2020/08/Business-and-Human-Rights-Freshfields-2020.pdf>

²⁰ Se deberán contextualizar conjuntamente con las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos —OCDE— (Organisation for Economic Co-operation and Development) para empresas multinacionales.

²¹ CLIFFORD CHANCE LLP y THE GLOBAL BUSINESS INITIATIVE ON HUMAN RIGHTS (GBI). Business and Human Rights – Navigating a changing legal landscape [en línea]. London, 2022, pp.7-8. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2022/01/gbi-cc-briefing-final.pdf>

²² Ejemplo de esto pueden ser la California Transparency in Supply Chains Act, de 2012, y la UK Modern Slavery Act, de 2015. Ambas buscan la transparencia en las actuaciones de sus cadenas de suministros.

indicación de qué herramientas se tienen implantadas en la empresa; esto a través de su autorregulación, la implantación de medidas eficaces y/o la declaración de cumplimiento.

Así mismo, y a medida que se iba ahondando en el tema, empezamos a ver normas con un desarrollo más profundo para problemáticas puntuales (por ejemplo, el trabajo forzoso) y que eran más ricas en la descripción de las acciones concretas que debían desarrollar las empresas: creación de políticas, establecimiento de mecanismos de comunicación y/o reparación ante eventuales infracciones, deberes de vigilancia de operaciones internas, etc.²³

Algunos ejemplos de esto son la Ley de Esclavitud Moderna, del Reino Unido y Australia (2015); la Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro, del estado de California, EE. UU. (2012); la Ley sobre el Deber de Vigilancia de las Empresas, de Francia (2017); y la Ley de Debida Diligencia en Materia de Trabajo Infantil, de Holanda (2019). De igual forma, y aunque su propósito es mucho más amplio, la *Non-Financial Reporting Directive* de la Unión Europea de 2014 asevera que, entre otros apartados, se debe declarar el estado e iniciativas de la empresa en materia de lucha contra la corrupción y violación de DD. HH. Todo esto sin hablar de aquellas normas puntuales para las empresas que cotizan en determinados mercados.

En consecuencia, las grandes empresas han adaptado, dentro de sus modelos de cumplimiento, todo lo relacionado con DD. HH. como reflejo de esa cultura corporativa y buenas prácticas del *tone of the top* de las compañías —o eso queremos creer—. Por esto, aunque aún no es una práctica habitual, vemos cómo cada día más compañías²⁴ adoptan medidas voluntarias para controlar o mitigar los riesgos asociados con el incumplimiento de los DD. HH. y ponderan no solamente el impacto económico y jurídico de una sanción, sino también el reputacional, con afectación económica por la postura de posibles inversores o clientes finales, frente a una noticia que indique, siquiera, la vaga posibilidad de una violación de los DD. HH.²⁵

²³ CLIFFORD CHANCE LLP y THE GLOBAL BUSINESS INITIATIVE ON HUMAN RIGHTS (GBI). *Op. cit.*, pp.12-28.

²⁴ WORLD BENCHMARKING ALLIANCE. Corporate Human Rights Benchmarck. Across sectors: Agricultural products, Apparel, Automotive manufacturing, Extractives & ICT manufacturing. 2020 Key findings. [en línea]. Amsterdam: World Benchmarking Alliance, p.3. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2020/11/WBA-2020-CHRB-Key-Findings-Report.pdf>

²⁵ De igual forma, la inclusión de las empresas a listas negras por violación de DD. HH. de manera exclusiva o por otros temas, incluidos la violación de DD. HH. Algunas de estas son las manejadas por la Alta Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América, la lista OFAC (Office of Foreign Assets Control) del Departamento del Tesoro Nacional de los Estados Unidos de América, la lista del Banco Mundial por hallazgos en proyectos financiados por esta entidad, etc.

En este sentido, se integró un nuevo componente en este deber y voluntad de «respetar» los DD. HH. Este es el análisis de las cadenas de suministros que implica el conocer quiénes son nuestros proveedores y subcontratistas con el fin de valorar el riesgo de las operaciones con intervención de terceros y garantizar que estemos ante una compañía que no tenga trazas negativas que impliquen un riesgo reputacional o descalificación ante un potencial cliente.

Por esto, muchas de las normas antes relacionadas exigen que las empresas garanticen que su cadena de suministro esté en la misma línea de *compliance*, a través del cumplimiento de su obligación de declaraciones o información, cuando sea procedente. Esto es, no garantizar ni controlar el actuar del otro en materia de DD. HH., sino simplemente verificar que cumple con su deber de informar cuando le corresponde.

Además de lo anterior, los *Principios Rectores* de 2011 tuvieron un impulso extra en su materialización cuando en 2015 las Naciones Unidas involucraron a las empresas y reconocieron el papel protagonista de estas en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) que, como sabemos, buscan implicar a todos los actores en el ámbito mundial para lograr esos diecisiete objetivos y sus 169 metas. Iniciativa que, además de ser necesaria y claramente oportuna, en la actualidad es una tendencia que da un valor extra al nombre de la empresa.

Este mandato fue entregado al Pacto Mundial de la Naciones Unidas —creado hace más de veinte años— como la mayor iniciativa en materia de responsabilidad social corporativa²⁶, a fin de buscar la incorporación de los Diez Principios en las actividades empresariales en el mundo y que están relacionadas con los DD. HH., el trabajo, el medio ambiente y corrupción, y las personas que están siendo afectadas en estos aspectos por las empresas en un contexto específico.²⁷

Concretamente, en materia de DD. HH., se encuentran los principios 1 y 2 que establecen, en líneas generales, respectivamente, que «las empresas deben apoyar y respetar la protección de los

²⁶ UNITED NATIONS. GLOBAL COMPACT. A Guide for Business. How to Develop a Human Rights Policy [en línea]. United Nations Global Compact and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2.ª edición, 2015 [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/guide-business-hr-policy.pdf>

²⁷ RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL. Dossier Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Casos prácticos del Grupo de Trabajo de Empresas y Derechos Humanos. [en línea]. Madrid: RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL, 2021, p. 5 [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.pactomundial.org/biblioteca/principios-rectores-sobre-las-empresas-y-los-derechos-humanos-casos-practicos-del-grupo-de-trabajo-de-dd-hh/>

derechos humanos fundamentales, dentro de su ámbito de influencia» y «que deben asegurarse de que [...] no son cómplices en la vulneración de los Derechos Humanos».²⁸

Es así como se inició la proliferación normativa que, a partir del cumplimiento de las normas y de los DD. HH., impone el deber de informar, de crear un compromiso o una política sobre DD. HH., de implantar acciones correctivas en caso de infracciones y/o desarrollar procesos de debida diligencia para la identificación de actividad de riesgo en la operatividad empresarial. Por otro lado, vemos una creciente «voluntad» de las empresas —especialmente las transnacionales— en acogerse al Pacto Mundial y al cumplimiento de los ODS a través de diferentes mecanismos, como los ya antes mencionados. Pasamos de la autorregulación voluntaria al deber de informar medidas en la lucha contra la violación de los DD. HH. y de controlar la operación interna, para llegar al punto de asegurar que todo lo que se relaciona con «mi» empresa refleja esa voluntad corporativa.

IV. Rol expectante: de la obligación de prevenir la violación de los DD. HH.

Más allá del papel contributivo a la economía y a la sociedad que prestan las empresas, las iniciativas voluntarias o de autorregulación corporativa no permiten evitar que estas, en el desarrollo de su actividad, puedan dar lugar o facilitar el abuso de los DD. HH.; por ello, en este momento se están desarrollando propuestas legislativas que van un poco más allá de ese nivel de exigencia o cumplimiento que tienen las empresas en relación con los DD. HH., y que veremos a continuación.

Como elemento común encontramos el carácter «obligatorio» en varias disposiciones con acciones concretas de prevención. Es decir, las actuales normas pueden hacer obligatorio el hecho de informar, lo que permite «mostrar al mundo» que se cumple con la norma, pero ahora se avanzaría es a un carácter obligatorio en la vigilancia, supervisión²⁹, control y demás puntos operativos preventivos, que permitan evitar o frenar la comercialización de productos o servicios, y la vinculación con terceros que atenten o lesionen los DD. HH.

²⁸ RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL. Los Diez Principios. El primer paso de la sostenibilidad empresarial [en línea]. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.pactomundial.org/que-puedes-hacer-tu/>

²⁹ Como ejemplo encontramos la *Ley de Diligencia Debida en Materia de Trabajo Infantil* de 2019 que exige a las empresas determinar si existe trabajo infantil en sus cadenas de suministro y establecer un plan de acción sobre cómo combatirlo.

Una de las nociones que se incorporarían es la comercialización solo de productos que se encuentren conformes o en cumplimiento con los DD. HH., a través de la información de etiquetado³⁰ que estos ofrecen; esto es, que no solo se valoraría al tercero como sujeto de obligaciones, sino que se valoraría que el bien, o el producto, sea el resultado del cumplimiento de esas obligaciones. Aunque el matiz es relativamente mínimo, esto nos asegura que toda la cadena de producción³¹ se encuentra conforme con los lineamientos de DD. HH., lo que evita el sesgo en la valoración solo de ese intermediario directo o tercero final de la producción, y permite acceder a la trazabilidad de este.

De igual forma, se harán exigibles los procesos de debida diligencia amplios en toda la cadena de valor de las compañías, lo que implica «aguas abajo» (proveedores y subcontratistas) y «aguas arriba» (clientes); por lo que el dicho «dime con quién andas y te diré quién eres» aplicará en estricto sentido en materia de DD. HH. En la actualidad vemos cómo en los procesos de valoración de *third-party compliance* han crecido en importancia los temas de DD. HH. en los cuestionarios y búsquedas (*screening*) efectuados por terceros y que antes estaban casi solamente enfocados a temas de corrupción y lavado de activos. Seguramente, en las próximas regulaciones, esto será imprescindible para todas las empresas y procesos.

Las revisiones llevadas a cabo a la fecha evidencian que la mayoría de las empresas cumplen con aquellas obligaciones de alto nivel (tener una política, informar, declarar, etc.), pero no con un efectivo y correcto desarrollo de herramientas que implican un trabajo de valoración real, como son las evaluaciones de riesgo³². Estas demostrarían la conexión entre ese compromiso y los procesos corporativos³³. Por esta razón, la normativa está buscando aterrizar esos conceptos en tareas

³⁰ A modo de ejemplo legislativo, el 10 de diciembre de 2020 se presentó una propuesta de la Unión Europea sobre el reglamento de baterías, se derogó la Directiva 2006/66/CE y se modificó el Reglamento (UE) n.º 2019/1020. Sin embargo, ya se vienen realizando varias iniciativas desde lo comercial para la obtención de sellos *Fair Trade* o de mercado justo en cada país, lo que ofrece información al cliente final sobre la protección del medio ambiente y de la infancia en el proceso de producción.

³¹ Un ejemplo es la Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las transnacionales de 2017. Esta «obliga legalmente a las matrices y empresas contratistas a identificar y evitar los abusos contra los derechos humanos y el medio ambiente resultantes no solo de sus propias actividades, sino también de las de las empresas que controlan, así como de las actividades de sus subcontratistas y proveedores con que mantienen relaciones comerciales establecidas». [ley francesa sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas contratistas. (2017, febrero). Les Amis de la Terre - France. <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2019/10/ley-francesa-deber-de-vigilancia-faq-web-final.pdf>].

³² Para esto, más allá de los resultados de valoración de riesgos, son útiles los KPI (o indicadores claves de desempeño, *key performance indicator*, por sus siglas en inglés) que se obtengan de la gestión del *compliance* en materia de DD. HH. Estos pueden ser la cantidad de comunicaciones recibidas en el canal ético sobre presuntas violaciones de DD. HH., los proveedores o subcontratistas valorados en materia de *compliance* de DD. HH., la suscripción de cláusulas o compromisos en materia de protección de DD. HH. por terceros, etc.

³³ WORLD BENCHMARKING ALLIANCE. *Op. cit.*, p. 3.

operativas concretas estándar que viabilicen la materialización de esas políticas corporativas y, aún más importante, que permitan su medición, comparación y sanción cuando no sea procedente.

Tal vez la iniciativa más reciente, y con un abanico más amplio de cobertura, es la *Propuesta de Directiva 2022/0051* de la Unión Europea³⁴, «**sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas**, que pretende exigir que determinadas empresas establezcan **procesos de identificación, prevención y diseño de remedios para impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente que puedan ser provocados por la propia empresa, sus filiales y por entidades que formen parte de la cadena de suministro**»³⁵.

Puntualmente, la Directiva propone el aseguramiento de las siguientes obligaciones:

En primera medida, la integración de la debida diligencia en las políticas corporativas de buen gobierno —que deberán actualizarse periódicamente—. A su vez, estas políticas deberán contener el compromiso con el cumplimiento del Código de Conducta, la extensión en su aplicación a terceros y el desarrollo de medidas de verificación de su puesta en práctica.

Como segunda obligación se puede establecer la de identificar las actividades de riesgos y valorar el impacto de las mismas, no solo en sus operaciones, sino también en su cadena de suministro.

Como tercer punto, y centrándose más en la prevención con una postura activa innovadora, se exigiría a las empresas la adopción de medidas adecuadas para prevenir o mitigar actividades de riesgo, como pueden ser el desarrollo de planes de acción para la ejecución de operaciones de mejora medibles y exigibles; la solicitud de garantías contractuales (práctica bastante habitual por otros temas reputacionales) del cumplimiento del código de conducta o del plan de acción antes mencionado; esto también puede involucrar que el tercero recabe esas mismas garantías en su propia cadena de suministros.

Cuando estas medidas no sean efectivas, o no sea posible la mitigación del riesgo, se deberá minimizar el impacto a través de la indemnización por daños y perjuicios (práctica habitual en materia contractual) a las personas afectadas, y pago de compensaciones financieras a las comunidades

³⁴ UNIÓN EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Propuesta de Directiva 2022/0051 (23, febrero, 2022) sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

³⁵ INFORMA D&B, S.A.U. (S.M.E) ¿Está su empresa implicada con la sostenibilidad del planeta? [Consultado: 7 de febrero de 2023] Disponible en: <https://forms.informa.es/synesgy-2022/>.

afectadas; o la abstención de celebración de contratos —o de las prórrogas del existente—, y la suspensiones o resolución del contrato.

Como vemos, estos principios y medidas no son nuevos, lo novedoso es que sean obligatorios y, por lo tanto, exigibles. Igualmente, es particular que para garantizar la debida diligencia sea necesario implicar a los directores de las sociedades, lo que genera un deber de supervisión en los administradores y la posibilidad de incentivos por su contribución en la lucha contra la violación de DD. HH. y cambio climático, y que existan medidas de acompañamiento para pymes que puedan verse afectadas por las disposiciones.

V. Conclusiones

Es claro, las empresas deben y tienen el poder de ser actores principales en la lucha por los DD. HH. La función social de estas y el alcance amplio de sus operaciones permiten que sean aliadas de los Estados y organizaciones internacionales en este propósito.

Discurso este sobre el cual parece ser que los empresarios están tomando cada vez más conciencia y, de forma voluntaria o por tendencia, se están sumando a las iniciativas y esfuerzos por tener una actitud más proactiva frente al respeto de los DD. HH. y al rechazo por cualquier irregularidad que sea o parezca ser violatoria de derechos, para dilucidar así aquel sesgo cognitivo que separa diametralmente el tema de los DD. HH. con la práctica empresarial.

Esto también como consecuencia de la proliferación de exigencias normativas en cuanto a compañías objeto de regulación, relativas a temáticas puntuales u operaciones controladas, y deberes de información, vigilancia o acción de las mismas. Y es aquí donde hemos visto cómo se ha mutado desde ese rol de la empresa del simple «respeto» a la norma, a ser un cuerpo vigilante del cumplimiento de las normas de sus terceros y un garante del relacionamiento solo con aquellos que las cumplen. Se pasó de un rol pasivo a un rol activo en el respeto de los DD. HH.

Sin embargo, se evidencia que cada jurisdicción tiene tanto sujetos regulados como obligaciones diferentes en esta materia. Por consiguiente, sociedades trasnacionales se enfrentan al cumplimiento de distintas leyes propias de cada ordenamiento, pero que versan sobre un mismo tema; es decir, nos podemos encontrar con escenarios en los que, mientras en una filial el deber es subir un informe anual, en otra puede ser el generar un plan de vigilancia y, en otra, con la simple

política de DD. HH. es suficiente, por la diversidad de legislaciones nacionales; o en el peor de los casos, podríamos llegar a ver cómo una filial en un país no puede trabajar con determinado proveedor, pero la misma empresa, con una filial en otro país, sí podría hacerlo por tener diferentes exigencias normativas.

Temas que, al ser de la esencia de la compañía (política corporativa en materia de DD. HH.), pueden verse afectados por la variedad de requisitos legales y que no son comparables con las obligaciones (laborales, tributarias, etc.) propias de cada país que son impuestas a cada filial.

Esta fragmentación legislativa que se está produciendo puede llevar a un aumento de trabajo dentro de las empresas transnacionales al tratar de igualar las exigencias normativas de una filial para todo el *holding* para homogenizar procesos, y esto, a su vez, podría generar una desincentivación para trabajar acciones realmente útiles y prácticas en materia de DD. HH.

Por lo tanto, temas como las mejores prácticas (*best practices*) e iniciativas internacionales toman relevancia por la procura de homogenización en estándares normativos, más allá de las particularidades culturales y legislativas de cada país. Estos pueden ir acompañados de herramientas que desde *compliance* se han venido aplicando a otros ámbitos regulatorios (antisoborno, penal y protección de datos, de forma paulatina) y que facilitan la gestión de riesgos de cumplimiento normativo con ese componente ético y de cultura de la empresa, que es determinante en el tema de DD. HH.

VI. Bibliografía

CLIFFORD CHANCE LLP y THE GLOBAL BUSINESS INITIATIVE ON HUMAN RIGHTS (GBI). Business and Human Rights. Navigating a changing legal landscape [en línea]. London, 2022 [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2022/01/gbi-cc-briefing-final.pdf>

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP. Business and Human Rights. Navigating the legal landscape [en línea]. Nueva York y Washington DC, 2020 [Consultado el 27 de mayo de 2022]

Disponible en: <https://respect.international/wp-content/uploads/2020/08/Business-and-Human-Rights-Freshfields-2020.pdf>

IBÁÑEZ-M., Pilar y ORDÓÑEZ-S., Viviana. Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos, En: *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional. Octubre, 2015. Vol. 12, n.º 24, pp. 219-246. Recuperado de <https://doi.org/10.11144/Javeriana.IL14-24.pedd>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía de interpretación. [en línea]. Nueva York y Ginebra: ONU, 2012. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/HR.PUB.12.2_sp.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. 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]. Nueva York y Ginebra: ONU, 2011 [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. La Carta Internacional de Derechos Humanos [en línea]. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights/international-bill-human-rights>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos [en línea]. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS/Oficina del Alto Comisionado – Derechos Humanos. Planes de acción nacionales sobre empresas y derechos humanos. [en línea]. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-business/national-action-plans-business-and-human-rights>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. París: ONU, 1948.

RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL. Dossier Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Casos prácticos del Grupo de Trabajo de Empresas y Derechos Humanos. [en

línea]. Madrid: RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL, 2021. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.pactomundial.org/biblioteca/principios-rectores-sobre-las-empresas-y-los-derechos-humanos-casos-practicos-del-grupo-de-trabajo-de-dd-hh/>

RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL. Empresas y derechos humanos: acciones y casos de éxito en el marco de la Agenda 2030 [en línea]. Madrid: RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL, 2019. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2019/11/Empresas-y-derechos-humanos.pdf>

RED ESPAÑOLA DEL PACTO MUNDIAL. Los Diez Principios. El primer paso de la sostenibilidad empresarial [en línea]. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://www.pactomundial.org/que-puedes-hacer-tu/>

UNIÓN EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Propuesta de Directiva 2022/0051 (23, febrero, 2022) sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

UNITED NATIONS. GLOBAL COMPACT. A Guide for Business. How to Develop a Human Rights Policy [en línea]. United Nations Global Compact and Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2.^a edición, 2015. [Consultado el 27 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/guide-business-hr-policy.pdf>

WORLD BENCHMARKING ALLIANCE. Corporate Human Rights Benchmarck. Across sectors: Agricultural products, Apparel, Automotive manufacturing, Extractives & ICT manufacturing. 2020 Key findings. [en línea]. Amsterdam: World Benchmarking Alliance. [Consultado el 27 de mayo de 2022] Disponible en: <https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2020/11/WBA-2020-CHRB-Key-Findings-Report.pdf>