



Papeles el tiempo de los derechos

**La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos:
un nuevo estándar para una nueva responsabilidad**

Olga Martin-Ortega
Reader in Public International Law
University of Greenwich, Reino Unido

Palabras Clave: empresas y derechos humanos, diligencia debida, minerales conflictivos, John Ruggie..

Número: 9 Año: 2013

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad

Olga Martin-Ortega*
Reader in Public International Law
University of Greenwich, Reino Unido

1. INTRODUCCIÓN

El asunto de cómo regular la conducta y métodos de trabajo de las empresas que impactan negativamente sobre los derechos humanos lleva en la agenda internacional más de dos décadas.¹ En este tiempo doctrina, organizaciones intergubernamentales y sociedad civil han propuesto deferentes acercamientos a este reto social: desde el diseño de normas jurídicas vinculantes, como las Normas de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en Materia de Derechos Humanos; la regulación sectorial a través de instrumentos voluntarios promocionados por distintas organizaciones intergubernamentales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o la Organización Internacional del Trabajo; iniciativas mixtas para la colaboración de Estados, empresas y organizaciones no-gubernamentales (ONGs) en materias concretas como la seguridad y los derechos humanos, el comercio de diamantes o la transparencia de las industrias extractivas; hasta la auto-regulación empresarial a través de instrumentos de responsabilidad social corporativa, incluidos códigos de conducta promocionados por Naciones Unidas, como el Pato Global del Secretario General, por asociaciones empresariales, ONGs o empresas individuales.

En 2008, tras tres años de mandato, el Representante Especial del Secretario General sobre el asunto de derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie (en adelante, RESG), propuso el marco “Proteger, Respetar,

* Este working paper será publicado como Olga Martin-Ortega, “La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad” en Francisco Javier Zamora Cabot, Jesús García Cívico y Lorena Sales Pallarés, (Editores), *La Responsabilidad de las Empresas Multinacionales por Violaciones de los Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá, Cátedra de Derechos Humanos y Oficina del Defensor del Pueblo (2013, en prensa). Mi agradecimiento a los editores por permitir su publicación en la serie Papeles El Tiempo de los Derechos. Mi agradecimiento también al proyecto de investigación DER2010-18780 financiado por el Ministerio de Economía e Innovación.

¹ Ver en general, O. MARTIN-ORTEGA, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional* (Barcelona: Bosch, 2008).

Remediar” en el que trataba de recoger el estado de la cuestión y clarificar las bases para el desarrollo normativo futuro en la materia.² En dicho marco el RESG estableció ámbitos de responsabilidad y actuación separados para Estados y empresas con el objetivo final de garantizar que la actividad corporativa no tenga, o al menos sea capaz de mitigar, impactos negativos sobre los derechos humanos, y en caso de que estos se produzcan, existan remedios efectivos para sus víctimas. En sus “Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos” (en adelante, PR), aprobados en 2011³, el RESG continúa esta labor, definiendo específicamente qué significan y cómo se han de desarrollar los conceptos propuestos en el marco: la obligación del Estado de proteger, la responsabilidad de las empresas de respetar y la necesidad de remediar.⁴ La responsabilidad de las empresas de respetar está definida tanto en el marco “Proteger, Respetar, Remediar” como en los PR como una responsabilidad de ejercer diligencia debida respecto de las actuaciones empresariales, es decir, basada en una “diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos”. Si bien la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos no deja de ser una expectativa social, los desarrollos internacionales en la materia, incluidos los PR, están confiriendo una dimensión jurídica a la misma.⁵ La definición de este nuevo estándar, de diligencia debida, para esta nueva responsabilidad, la responsabilidad de respetar, es un nuevo paso en este desarrollo. En este capítulo analizamos cómo se está conformando el estándar de diligencia debida en materia de derechos humanos para empresas y la relevancia de la práctica estatal e intergubernamental actual, que se desarrolla a gran velocidad en determinados ámbitos, entre ellos la regulación de los llamados “minerales conflictivos”, está teniendo en la articulación del concepto de responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, así como en la propia

² Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, Doc. ONU A/HRC/8/5, 7 Abril 2008.

³ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, Do. ONU A/HRC/17/31, 21 Marzo 2011. Los PR fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 17/4, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, Doc. ONU A/HRC/RES/17/4, 6 Julio 2011.

⁴ Ver más adelante el análisis de los PR. En general sobre los mismos ver el trabajo de N. ZAMBRANA en este volumen y R. MARES (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Foundations and Implementations*, Brill, Leiden, 2012

⁵ MARTIN-ORTEGA, op. cit., Conclusiones, pp. 299-310.

obligación del Estado de proteger a la población bajo su jurisdicción de abusos corporativos.

2. LA DILIGENCIA DEBIDA: GOBERNANZA CORPORATIVA Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde los inicios del movimiento para regular la conducta de las empresas en materia de derechos humanos, la diligencia debida ha sido considerada un estándar adecuado para evitar que entes comerciales contribuyan directa o indirectamente a abusos de derechos humanos. El primer instrumento en promocionar este estándar fueron las anteriormente citadas Normas de Naciones Unidas.⁶ En su trabajo, el RESG ha hecho de la diligencia debida un elemento central de lo que ha definido como “responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos” dentro de su marco “Proteger, Respetar y Remediar” (2008) y los subsiguientes “Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos” (2011), también citados. En su informe de 2008 el RESG define la diligencia debida como “las medidas que debe tomar una empresa para tener conocimiento, prevenir y responder a los efectos negativos sobre los derechos humanos.”⁷ Este informe trata de utilizar una terminología que resulte familiar tanto desde el punto de vista de derechos humanos como de la práctica de gestión de empresas.⁸ Con ello, el RESG está traduciendo la diligencia debida a la que las empresas están acostumbradas a realizar en sus relaciones y transacciones comerciales a la esfera de los derechos humanos.⁹ Este acercamiento está en el origen de los que los PR definen en última instancia como “diligencia debida en materia de derechos

⁶ Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 Agosto 2003. El comentario al artículo 1 establece que llevar a cabo diligencia debida es el estándar de responsabilidad de las empresas para asegurarse que sus actividades no contribuyen directa o indirectamente, o se benefician de, abusos de derechos humanos. Sobre las Normas ver, MARTIN-ORTEGA, op. cit., pp. 176-193 y R. WALLCE y O. MARTIN-ORTEGA, “The UN Norms: A First Step to Universal Regulation of Transnational Corporations’ Responsibilities for Human Rights?” *Dublin University Law Journal*, 26, 2004, pp. 304-319.

⁷ *Proteger, Respetar y Remediar*, op. cit., para 56 y para 57-63. En este informe el RESG no establece el alcance del estándar de diligencia debida pero se refiere a algunos de los elementos constitutivos que más adelante serán desarrollados en los Principios Rectores.

⁸ R. McCORQUODALE, “Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law”, *Journal of Business Ethics*, 87, 2009, p. 392 and M.B. TAYLOR, “The Ruggie Framework: Polycentric Regulation and the Implications for Corporate Social Responsibility”, *Nordic Journal for Applied Ethics*, 5, 2011, p. 15.

⁹ McCORQUODALE, *Ibid.* Como sugiere T. LAMBOOY a través del uso del término de diligencia debida el RESG ha establecido el vínculo entre dos áreas del Derecho previamente desconectadas, los derechos humanos y el derecho corporativo, T. LAMBOOY, “Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 28, 2010, p. 446.

humanos” de las empresas. Se presenta como un nuevo estándar, cuyo origen es ser un híbrido entre el concepto de diligencia debida en el ámbito de la gobernanza corporativa y el desarrollado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por ello por lo que, antes de analizar el concepto propuesto por el RESG, abordamos el estándar en estos dos contextos.

2.1. La diligencia debida en marco de la gobernanza corporativa

La diligencia debida como estándar de conducta aplicado a las empresas es un concepto bien asentado en el ámbito de la gobernanza corporativa. En el contexto de las transacciones comerciales el término originó en Estados Unidos, en particular, como parte de la regulación de los mercados financieros tras la Gran Depresión.¹⁰ Tradicionalmente la diligencia debida ha sido un proceso para la prevención de riesgos en el contexto de transacciones de valores y financieras de importancia y el diseño de actividades operativas.¹¹ Desde sus orígenes en el ámbito financiero su aplicación se ha extendido internacionalmente para incluir cualquier investigación relativa a la adquisición de los activos de una empresa en un contexto comercial, el análisis de riesgo en la financiación de actividades comerciales y a pesquisas pre-contractuales de carácter general.¹² Sin embargo, no existe una definición que apunte al contenido específico del estándar. Como ha señalado Loombey, es más bien un “concepto contenedor”.¹³ El principal propósito de un ejercicio de diligencia debida es confirmar los hechos, datos y representaciones involucrados en una transacción comercial para determinar el valor, coste y riesgo de la misma, incluyendo los riesgos de litigación futura.¹⁴ Por lo tanto, la diligencia debida es una práctica procedimental para evaluar el riesgo en interés de la propia empresa.¹⁵ Todas las empresas ejercitan diligencia debida

¹⁰ L.S. SPEDDING, *Due Diligence and Corporate Governance*, LexisNexis UK, London, 2004, p. 3. El origen de la diligencia debida en la gobernanza corporativa está en la ley estadounidense de regulación de valores financieros *Securities Act* de 1939. En su sección 11(b)(3) esta norma establece la defensa procesal de diligencia debida para aquellos que hayan hecho una investigación razonable respecto de la información contenida en el prospecto para emitir valores financieros.

¹¹ *Ibid*, p. 2-3.

¹² *Idid*; LAMBOOY, *op. cit.*, pp. 406-417.

¹³ LAMBOOY, *op. cit.* p. 409.

¹⁴ SPEDDING, *op.cit.*, pp. 2-3 y LAMBOOY, pp. 415-416. Como explica este autor, la evaluación de diligencia debida consiste, típicamente, en una investigación factual de los recursos de la empresa que se ven involucrados en la operación en cuestión, así como de la relevante información asociada a la misma. Una diligencia debida legal también examinará la estructura jurídica, financiera y fiscal de la empresa o proyecto involucrados en la operación transacción.

¹⁵ McCORQUODALE, *op. cit.*, p. 392. SPEDDING, *op. cit.*, pp. 3-5 señala que la diligencia debida se ha convertido en la norma en las decisiones corporativas en los campos de joint ventures, fusiones y

de una u otra manera, pero generalmente, mientras mayor es una organización, más estructurado y formal es el proceso.¹⁶

Las empresas llevan a cabo diligencia debida porque bien porque están jurídicamente obligadas a ello o bien por razones prácticas.¹⁷ En la actualidad cada vez más sistemas regulatorios incluyen obligaciones jurídicas en materia de diligencia debida. En estos casos el no llevar a cabo un proceso de esta naturaleza conlleva un incremento de las posibilidades de litigación y por lo tanto de un aumento de los costes económicos futuros. Es por ello por lo que, incluso si la diligencia debida no siempre se presenta como una obligación jurídica, en la práctica se está convirtiendo, cada vez más, en un proceso jurídico.¹⁸

La mayoría de los Estados prevén en su normativa nacional requisitos jurídicos relacionados con la obligación de las empresas de ejercer diligencia en diferentes ámbitos. Los más frecuentes son salud y seguridad laboral, protección del medio ambiente, corrupción y relaciones laborales.¹⁹ Aunque a nivel interno los Estados no han exigido, hasta el momento, diligencia debida en materia de derechos humanos directamente, algunas de estas provisiones guardan una estrecha relación con los mismos.²⁰

A nivel internacional, la diligencia debida pasó, a partir de mediados de los años 90 y la primera década del siglo XXI, del restrictivo ámbito de la evaluación del riesgo corporativo de transacciones comerciales y financieras a hacerse más presente en el discurso público corporativo. Asociaciones de industria y foros inter-gubernamentales empezaron a sugerir, y en algunos casos requerir, procedimientos de diligencia debida en materia de asuntos de especial preocupación en el ámbito corporativo internacional, por ejemplo, la corrupción.²¹ A medida que la normativa nacional y las directrices

adquisiciones, selección de socios, elección de la jurisdicción adecuada o localización de actividades y la compra y venta de acciones.

¹⁶ SPEDDING, *op. cit.*, pp. 3-5.

¹⁷ LAMBOOY, *op. cit.*, p. 409.

¹⁸ SPEDDING, *op. cit.*, p. 2, y 4. Los juristas están cada vez más involucrados a medida que el riesgo de litigación aumenta

¹⁹ O. DE SCHUTTER, A. RAMASASTRY, M.B. TAYLOR y R.C. THOMPSON, *Human Rights Due Diligence: The Role of the States*, International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), 2012.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Ver por ejemplo, International Financial Action Task Force on Money Laundry (FATF) *40 Recommendations on money laundering* (1990); International Association of Oil and Gas Producers published its *Guidelines for Reputational Due Diligence* (Report No. 356, September 2004); Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles for Private Banking (2000). La Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (1997) no contiene ninguna referencia a la diligencia debida en su texto pero si lo hace en su Anexo II sobre Guía de Buenas Prácticas Sobre Controles, Ética

internacionales han aumentado en esta materia, este estándar de prevención del riesgo asociado a las transacciones comerciales se ha convertido en estándar recurrente en relación al control de la conducta corporativa.

2.2. *La diligencia debida en Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

La diligencia debida en Derecho Internacional es un concepto jurídico variable o indeterminado.²² En el plano material la diligencia debida se refiere al estándar de para determinar la existencia de responsabilidad internacional del Estado, en particular, en relación a las actividades de actores privados.²³ En principio, el Estado solo es responsable por los actos que les son atribuibles que constituyen una violación de sus obligaciones internacionales.²⁴ Para que 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.²⁵ Esto no ocurre casi nunca con relación a las actividades comerciales llevadas a cabo por empresas privadas. Sin embargo, la evolución del régimen internacional de la responsabilidad del Estado ha permitido que otro tipo de conductas de actores no estatales generen su responsabilidad. Entre los estándares para determinar si la acción u omisión del Estado relativa a la conducta de un actor no estatal genera responsabilidad está el de la diligencia debida.²⁶ La violación de la obligación del Estado depende del estándar de conducta impuesto, por la regla primaria, al mismo en relación a las acciones de los actores no estatales.

y Cumplimiento.

²² J.F. LOZANO CONTRERAS, *La noción de diligencia debida en Derecho Internacional Público* (Barcelona, Atelier, 2007), p. 28. El autor señala que este es un término por definición vago y ambiguo, “que es susceptible de asumir, en el plano internacional, diversos significados en función del contexto en el que sea utilizado”.

²³ *Ibid*, dos factores que explican la vis expansiva de la noción de diligencia debida en el plano normativo internacional: “el deseo de los Estados de restringir al máximo el ámbito de su posible responsabilidad; y la incesante proliferación de obligaciones internacionales destinadas a la protección de determinados bienes o intereses jurídicos susceptibles de ser lesionados por personas o entidades ajenas a la organización estatal”.

²⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, artículos 2, 4, 5, 7 y 8.

²⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *op. cit*, artículos 9 y 10.

²⁶ Tal estándar se establece a través de las reglas primarias, no de las reglas secundarias de responsabilidad del Estado. Como CRAWFORD Y OLSEN indican, los artículos de la CDI no tratan de articular la normas primarias o las obligaciones sustantivas de los Estados, sino conformar un marco de aplicación de dichas obligaciones, cualesquiera que estas sean, J. CRAWFORD y S. OLLESON, “The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility”, *International and Comparative Law Quarterly*, 54, 2005, p. 968.

Esto es, la acción, o por lo general, la omisión, del Estado, no la conducta dañina del actor no estatal, la que genera la potencial responsabilidad del aquél.²⁷

La noción de diligencia tiene sus orígenes en la temprana práctica arbitral en materia de protección diplomática.²⁸ En su estudio sobre la diligencia debida en Derecho internacional Lozano Contreras ha identificado un importante número de sectores normativos en los que se aplica este estándar, y que incluyen: la protección internacional del medio ambiente, la tutela de los representantes del Estado en el extranjero, la protección de inversiones extranjeras, la seguridad de la navegación área y marítima, actividades relacionadas con el espacio ultraterrestre, Derecho Comunitario, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²⁹ No existe una definición única del estándar, sino que más bien, se ha desarrollado en los contextos específicos en los que se aplica. En general, el test de la diligencia debida conlleva un elemento de flexibilidad, y requiere ser aplicado a la luz de las circunstancias específicas de cada caso.³⁰

En este epígrafe nos centramos en el concepto de diligencia debida en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como es sabido, el Estado tiene la obligación de proteger a los individuos bajo su jurisdicción de las violaciones perpetradas no solo por sus propios órganos sino también de las actividades dañinas de personas o entidades privadas. Un Estado incumple sus obligaciones cuando obvia ejercer diligencia debida para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño causado por personas o entidades privadas.

²⁷ J. CRAWFORD y S. OLLESON, "The Nature and Forms of International Responsibility" en M. EVANS (ed.), *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 454; R. BARNIDGE, "The Due Diligence Principle under International Law", *International Community Law Review*, 8, 2006, 95. Las reglas primarias establecen distintos estándares para medir tales violaciones, incluidas la diligencia debida, la negligencia, la culpa y la responsabilidad objetiva, J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, Introducción, p. 13. La discusión teórica relativa al concepto de diligencia debida está enmarcada en la cuestión sobre si el Derecho Internacional exige un requisito general de culpabilidad para general responsabilidad; debate en el que el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad ha evitado entrar, ver CRAWFORD y OLLESON, "The Nature and Forms of International Responsibility", *op.cit.*, pp. 457-456.

²⁸ LOZANO CONTRERAS, *op. cit.* p. 57 y BARNIDGE, *op. cit.*, pp. 92-99.

²⁹ LOZANO CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 58-59. Ver también, BARNIDGE, *op. cit.*, pp. 81-121.

³⁰ M. SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p.855. BARNIDGE se refiere a esta flexibilidad como la "rule of reasonableness", *op.cit.*, pp. 101, 120, mientras que LOZANO CONTRERAS afirma que las dos notas que mejor lo caracterizan son 'su gran variabilidad y su elasticidad', *op. cit.*, p. 191.

El concepto de diligencia debida en relación a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos fue desarrollado por primera vez en el contexto regional Interamericano y estuvo directamente vinculado con la búsqueda de la justicia tras la represión y violaciones masivas de derechos humanos en las dictaduras latinoamericanas. En su decisión en el caso *Velasquez Rodriguez contra Honduras* (1988) la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos estableció que un acto privado que viola los derechos humanos, inicialmente no imputable al Estado, puede generar su responsabilidad internacional, no por el acto en sí mismo, sino por la falta de diligencia debida para prevenir o responder a la violación.³¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también incorporó, más adelante, el estándar de diligencia debida con respecto a los actos de naturaleza privada en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.³²

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer estuvo entre los primeros órganos de Naciones Unidas en establecer que el Estado puede ser responsable de actos privados si no actúa con diligencia debida para prevenir violaciones o investigar y castigar los actos de violencia contra las mujeres y compensar el daño sufrido.³³ Así lo reflejó posteriormente la Asamblea General en su Declaración de 1993.³⁴ La mayoría de otros órganos de Naciones Unidas establecidos en virtud de tratados han seguido esta misma línea, por ejemplo el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General 31 sobre la naturaleza de la obligación general impuesta a los Estados Partes en el Convenio de Derechos Civiles y Políticos.³⁵ Si bien, es importante no olvidar que la mayoría de los tratados de derechos humanos y los comentarios de los organismos que los acompañan se refieren de forma general a las obligaciones del Estado de proteger contra las personas privadas, pero en rara ocasión hacen una

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Serie C, Caso No. 4 (1988), para. 172 and ver también para. 176. Ver MARTIN-ORTEGA, op. cit., p. 103 y nota al pie 236 para más detalles sobre el caso y el test enunciado en el caso *Velasquez Rodrigez*.

³² En 2008 y 2009 el Tribunal emitió dos sentencias clave reconociendo el estándar de diligencia debida con relación a la obligación positiva del Estado de proteger a los individuos bajo su jurisdicción de los actos dañinos de personas privadas, ver, TEDH, ECtHR, *Bevacqua & S. v. Bulgaria*, App. No. 71127/01, Judgement, 12 June 2008 and *Opuz v. Turkey*, App. No. 33401/02, Judgement, 9 June 2009.

³³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Comentario General 19*, “Violencia contra la mujer”, 30 Enero 1992, Doc. ONU A/47/38, para. 9.

³⁴ Asamblea General, Resolución 48/104, 20 Diciembre 1993, Doc. ONU A/RES/48/104, 23 Febrero 1994, artículo 4, c). La Convención Interamericana para la Prevención, Castigo y Erradicación de la Violencia Contra la Mujer, 1994, menciona de forma explícita la obligación de aplicar la diligencia debida para prevenir, investigar e imponer sanciones por violaciones contra la mujer (art. 7.b). Ver también el informe del Rapporteur Especial sobre Violencia contra la Mujer, Doc. ONU E/CN.4/2006/61, 20 Enero.

³⁵ Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 Mayo 2004, para. 8.

referencia específica explícita a empresas o personas jurídicas.³⁶ Únicamente el Comité de Derechos del Niño, y solo muy recientemente, ha considerado las obligaciones del Estado impuestas por la Convención de Derechos del Niño en relación al impacto de las actividades corporativas sobre los derechos de la infancia. El Comentario General No. 16, de 15 Marzo 2013, establece de forma específica que el Estado violará su obligación en función de la Convención cuando no respete, proteja o realice los derechos humanos de niños y niñas en relación a las actividades y operaciones de las empresas que impacten sobre los mismos.³⁷ Este es un muy importante desarrollo en la materia.

Una vez analizado el estándar de diligencia debida en ambos contextos, el de gobernanza corporativa y el de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una diferencia significativa es patente: mientras que el concepto de diligencia debida analizado en el apartado anterior iba directamente dirigido a las empresas, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está relacionado con la conducta de los Estados respecto de cualquier actor no estatal, incluidas las empresas.

3. LA DILIGENCIA DEBIDA EN LOS PRINCIPIOS RECTORES DE NACIONES UNIDAS

3.1. La obligación del Estado de proteger

Los PR son un documento no jurídicamente vinculante cuyo objetivo es reflejar la práctica estatal y corporativa actual. Los PR contienen una serie de recomendaciones y propuestas para un desarrollo normativo posterior con el fin de que las empresas contribuyan positivamente a los derechos humanos y eviten las consecuencias adversas de sus actividades o de las de sus socios comerciales. Sin embargo, la obligación jurídica de proteger los derechos humanos, como no puede ser de otra manera en

³⁶ MARTIN-ORTEGA, op. cit. Para un estudio detallado sobre los tratados de Naciones Unidas y los respectivos comentarios de los órganos de derechos humanos sobre la definición de la responsabilidad del Estado de proteger los derechos humanos contra la intromisión de actores privados y referencias específicas a actores corporativos, ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 317-346. Ver también N. JAGERS, *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, Intersentia, Antwerp, 2002, pp. 13-174 y RESG, *Addendum to the Final Report of the Special Representative of the Secretary-General on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises on "State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations Core Human Rights Treaties: An Overview of Treaty Bodies Commentaries"*, Doc. ONU A/HRC/435/Add.1, 2007.

³⁷ Comité de Derechos del Niño, *On State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights*, Doc. ONU, CRC/C/GC/16, 15 Marzo 2013, para 25. Para las obligaciones de respetar, proteger y realizar paras. 26-29.

Derecho internacional, continúa siendo del Estado. Así, los PR establecen en su Principio 1 que el deber de los Estados en esta materia consiste en “proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas.” En este sentido, los PR, elaboran en la bien definida obligación de proteger derechos humanos contra las prácticas dañinas de los actores no estatales bajo su jurisdicción y ahondan en los esfuerzos de los organismos internacionales de derechos humanos que hemos analizado de incluir a las empresas entre los actores no-estatales cuyas acciones pueden generar responsabilidad del Estado. Podemos argumentar que a través de su trabajo, y en última instancia a través de los PR, el RESG ha contribuido a consolidar esta tendencia. El Principio 1 continúa estableciendo que, a efectos de cumplir con su deber de proteger, los Estados “deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”. Los PR contienen una serie de obligaciones para los Estados de cumplir con su deber de proteger a través de regular la conducta de los actores corporativos y apoyar su propio cumplimiento con la responsabilidad de respetar a través de proporcionarles los instrumentos necesarios para evitar impactos negativos sobre derechos humanos. Entre estas medidas están: “a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; c) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; d) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos”³⁸. En el Comentario a este Principio los PR establecen expresamente que entre las medidas para asesorar a las empresas sobre la observancia de los derechos humanos debe los Estados han de aconsejar sobre los métodos adecuados para dicha observancia, y entre dichos métodos se incluye la debida diligencia en materia de derechos. Así, apoyar el desarrollo de la diligencia debida por parte de las empresas es

³⁸ Principio 3.

uno de las actuaciones requeridas de los Estados para el cumplimiento de su obligación de proteger.³⁹

Esta interpretación es importante y los incipientes desarrollos en la materia apuntan a que se consolidará en el futuro. Por ejemplo, el citado Comentario General No. 16 del Comité de Derechos del Niño establece expresamente que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias, apropiadas y razonables para prevenir que las empresas causen o contribuyan a abusos de derechos de la infancia.⁴⁰ Para cumplir con sus obligaciones de adoptar medidas para garantizar que las empresas respeten estos derechos los Estados deben requerir a las empresas que lleven a cabo diligencia debida en materia de derechos de niños y niñas.⁴¹ Como se verá en los apartados siguientes, la regulación sectorial en materia de minerales conflictivos también está contribuyendo a este desarrollo.

3.2. *La responsabilidad de las empresas de ejercer diligencia debida*

La responsabilidad general de respetar los derechos humanos por parte de las empresas refleja una aspiración, o expectativa por parte de la comunidad internacional, más que una obligación jurídica de Derecho internacional, como ya adelantamos en la introducción. El uso distintivo del lenguaje en los PR (y en el trabajo del RESG en general) que confronta obligaciones estatales y responsabilidades corporativas está claramente dirigido a “desposeer” a los deberes internacionales de las empresas de toda naturaleza jurídica.⁴² La responsabilidad corporativa de respetar se define como una responsabilidad de abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y de proporcionar una respuesta al impacto adverso sobre los derechos humanos causado por sus actividades o relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido directamente a su causa.⁴³ Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, los PR establecen que las empresas han de contar con políticas y

³⁹ El único otro Principio que se refiere expresamente a la necesidad del Estado de apoyar la diligencia debida de las empresas es el Principio 4, que explora la obligación de los Estados en relación a empresas de su propiedad, bajo su control o que reciben importantes apoyos y servicios de organismos estatales.

⁴⁰ Comité de Derechos del Niño, *op. cit.* para. 28.

⁴¹ *Ibid.*, para 50.

⁴² JAGERS ha sostenido que la falta de elaboración sobre las raíces jurídicas de la responsabilidad de respetar en los Principios Rectores es el resultado de un esfuerzo de apartarla del ámbito jurídico, N. JAGERS “UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making a Headway towards Real Corporate Accountability?”, *Netherlands Human Rights Quarterly*, 29, 2011, pp. 159-163. Para una mayor reflexión sobre el asunto de la terminología y su significado ver McCORQUODALE, *op. cit.*, pp. 385-400; TAYLOR, *op. cit.*, pp. 9-30 y R. MARES, “Business and Human Rights After Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress”, en R. MARES, *op. cit.*, pp. 1-51.

⁴³ Principios 11 y 13.

procedimientos que incluyan: “a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; y c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar”.⁴⁴ Consecuentemente con la definición de la responsabilidad de respetar, la diligencia debida en materia de derechos humanos no se limita al impacto directo de sus actuaciones, a través de sus propias actividades, sino que debe abarcar también las consecuencias negativas o que guarden relación directa con las operaciones, productos o servicios de sus socios comerciales.⁴⁵ Los PR insisten en que la diligencia debida variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, la severidad del riesgo de consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de las operaciones de la empresa en cuestión.⁴⁶

La diligencia debida en materia de derechos humanos tal y como la definen los PR va más allá del estándar de gobernanza corporativa de gestión del riesgo para incluir todo un elenco de elementos: identificar, prevenir, mitigar y dar respuesta al impacto en materia de derechos humanos. En particular, estos procesos deberían incluir: “una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas”⁴⁷. Si en este proceso las empresas identifican que han causado o contribuido al impacto adverso, los PR requieren que proporcionen un remedio o al menos que cooperen en un remedio legítimo.⁴⁸ La diligencia en materia de derechos humanos se considera un concepto flexible que se adapta al tamaño de las empresas, la severidad del riesgo de impactos de derechos humanos, y la naturaleza y contexto de las operaciones empresariales.⁴⁹

⁴⁴ Principio 15.

⁴⁵ Principio 17 a).

⁴⁶ Principio 17 b).

⁴⁷ Principio 17. Los siguientes principios elaboran sobre cómo identificar el riesgo y llevar a cabo evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos (Principio 18), integrar la información obtenida en dichas evaluaciones y tomar las medidas adecuadas (Principio 19) y hacer un seguimiento de la efectividad de la respuesta al riesgo (Principio 20).

⁴⁸ Principio 22.

⁴⁹ Principios 15 y 17 b) y c), el cuál insiste en la naturaleza continua del proceso.

Lo que en efecto está haciendo el RESG en el marco “Proteger, Respetar y Remediar” y los PR es proponer un nuevo estándar para una nueva responsabilidad. El nuevo estándar tiene elementos del estándar de gobernanza corporativa, a través de la introducción de la necesidad de la identificación previa del riesgo como un ejercicio sistemático y la flexibilidad del concepto según el tamaño y la actividad empresarial. Pero también tiene 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 así, que los PR buscan extender la obligación de remediar el daño (incluido tener un mecanismo adecuado para ello) de los Estados a las empresas.⁵⁰ Sin embargo, dada su naturaleza no jurídicamente obligatoria, y el hecho no establecen consecuencias para la falta de cumplimiento, los PR no generar un requisito jurídico con consecuencias específicas a nivel nacional o internacional. Serán los desarrollos normativos futuros, a nivel interno e internacional, y en ámbitos sectoriales los que desarrollen esta posibilidad.

4. LA DILIGENCIA DEBIDA EN EL MARCO DE LAS DIRECTRICES DE LA OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONALES

La OCDE ha promovido la conducta responsable de las empresas desde los años 70, cuando publicó por primera vez sus Directrices para Empresas Multinacionales (en adelante, las Directrices).⁵¹ En 2011 la OCDE llevó a cabo un gran esfuerzo por adaptar las Directrices para reflejar los desarrollos internacionales desde su revisión anterior en 2000. Particularmente la reciente actualización ha sido un intento de incorporar el marco del RESG a través de la inserción de una nueva sección dedicada a los derechos humanos. Así, las Directrices de 2011 asumen de manera efectiva la terminología del RESG, afirmando que mientras que el Estado tiene la obligación de proteger y las empresas han de respetar los derechos humanos.

⁵⁰ La carga de la establecer un remedio efectivo y garantizar su acceso recae sobre el Estado (Principios 25-27), pero las empresas deben también proporcionar mecanismos de quejas a nivel operativo para individuos y comunidades que puedan verse afectadas negativamente por sus actividades (Principios 30-31).

⁵¹ Las Directrices sobre Empresas Multinacionales de la OCDE fueron aprobadas por primera vez en 1976 como parte de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales. Han sido revisadas en varias ocasiones, siendo las revisiones de 2000 y 2011 las más importantes por su dimensión e impacto. La versión actual fue aprobada por el Comité de Inversión de la OCDE el 25 de Mayo de 2011. Para un estudio comprensivo de las Directrices, su origen y proceso de revisión anterior ver, MARTIN-ORTEGA, op. cit., pp. 145-161. En la actualidad no existe una versión oficial en castellano de las Directrices.

La reforma de 2011 confirma la diligencia debida como instrumento esencial para que las empresas eviten riesgos en los diferentes ámbitos cubiertos por las Directrices.⁵² De especial relevancia para nuestro análisis son las referencias a la diligencia debida de las secciones II, Políticas Generales, y IV, Derechos Humanos.⁵³ La sección de Políticas Generales contiene la definición general del documento. El párrafo 10 establece que la diligencia debida es para identificar, prevenir y mitigar impactos adversos, actuales o potenciales, y va más allá de la identificación y gestión del riesgo para la propia empresa para incluir los riesgos de impacto adversos sobre otros.⁵⁴ En este sentido, van más allá del concepto tradicional de gobernanza corporativa como un instrumento para la evaluación del riesgo para las propias empresas para adoptar un concepto más cercano al propuesto por el RESG en materia de derechos humanos.

En relación a los derechos humanos, la sección IV de las Directrices establece que las empresas deben respetar los derechos humanos, evitar causar o contribuir a impactos negativos sobre los mismos, llevar a cabo diligencia debida y cooperar para proporcionar remedio a impactos adversos. El texto de las Directrices en esta sección no define el estándar, se limita a especificar que el proceso debe ser apropiado al tamaño, la naturaleza, el contexto y severidad del riesgo sobre los derechos humanos.⁵⁵ Las actividades que forman parte del proceso de diligencia debida específicas en relación a los derechos humanos solo se describen en el Comentario. Son las siguientes: un ejercicio continuado de evaluación de los impactos actuales y potenciales sobre los derechos humanos, integración de los resultados de la evaluación y actuación sobre los mismos, seguimiento de los resultados de dicha actuación y comunicación sobre cómo se hacen frente a los impactos identificados.⁵⁶ Igualmente, es solo en su Comentario a la sección IV donde las Directrices recomiendan a las empresas que tengan procesos que permitan la remediación en casos de impacto negativo sobre los derechos humanos. Estos pueden incluir la cooperación con mecanismos estatales de remedio o el

⁵² La revisión de 2000 no contenía ninguna referencia a la diligencia debida, si bien algunos Puntos de Contacto Nacional ya habían comenzado a hacer referencia a dicho estándar. En 2008, el Punto de Contacto Nacional del Reino Unido sustanció su decisión contra la empresa británica Afrimex en su falta de diligencia debida en la cadena de suministro, que resultó en que la empresa se proveyó de minerales de minas que utilizaban trabajo infantil y trabajo forzado en República Democrática del Congo. Ver, *Final Statement by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines on Multinational Corporations: Afrimex (UK) Ltd.*, 28 August 2008.

⁵³ Otras secciones también consideran la diligencia debida como la de Relaciones Laborales (Sección V, para. 50, comentario) y Lucha contra el Soborno, Solicitud de Soborno y la Extorsión (Sección VII, para. 4).

⁵⁴ Sección II, para. 10 y Comentario, para. 14 (Sección II) y 45 (Sección IV).

⁵⁵ Sección IV, para. 5.

⁵⁶ Comentario, para. 45-46.

establecimiento de mecanismos de quejas a nivel operativo.⁵⁷ Las Directrices no establecen ninguna consecuencia por la falta de cumplimiento de estas recomendaciones.

Como se puede ver, si bien las Directrices de la OCDE están en línea con los PR se queda en cierto modo cortas en uno de los aspectos propuestos por el RESG más importantes, y crucial para hacer efectivo el estándar de diligencia debida: una decidida afirmación de la necesidad de establecer remedios en caso de que las actividades de diligencia debida no eviten o mitiguen el impacto negativo sobre los derechos humanos. La OCDE ha contribuido al desarrollo de este estándar también a través de desarrollos sectoriales, en particular, en el ámbito de la regulación de minerales conflictivos, que es el objeto de análisis en nuestro siguiente epígrafe.

5. LA DILIGENCIA DEBIDA EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN DE LOS MINERALES CONFLICTIVOS

Los principales desarrollos en materia de diligencia debida, con importantes repercusiones tanto normativas como prácticas, se han dado en el ámbito de la regulación de los llamados minerales conflictivos. Estos son los minerales cuya extracción y comercio está directamente vinculada a la financiación de conflictos armados y abusos de derechos humanos, incluidos trabajo infantil y forzado. Aunque esta terminología se podría aplicar a múltiples recursos minerales en la actualidad se restringe a la caseterita, el coltan y el wolframio (los cuales a su vez son las menas de los metales del estaño, tantalio y tungsteno, que por sus nombres en ingles *-tin, tantalum and tungsten-* son conocidos como los 3Ts) y el oro. Debido a sus propiedades, incluidas propiedades magnéticas y de conducción de electricidad, estos minerales son críticos para la industria electrónica, y por tanto muy valiosos.⁵⁸ Estos minerales se extraen, de entre otras, de zonas que en la actualidad se encuentran inmersas en conflictos armados o son altamente volátiles, incluidos los Grandes Lagos en África, especialmente en el Este de la República Democrática del Congo (RDC). La RDC no es

⁵⁷ *Ibid*, para. 46.

⁵⁸ El término industria electrónica se utiliza de forma amplia para incluir a los productores de una gran variedad de equipamiento y productos, desde la industria automovilística a los productos electrónicos de consumo doméstico, ver, GHGm, “Social and Environmental Responsibility in Metals Supply to the Electronic Industry”(2008) p. 8.

el único productor de estos minerales, ni siquiera el más importante,⁵⁹ sin embargo es allí donde el vínculo entre la minería y la perpetuación de un conflicto con trágicas consecuencias humanas ha sido más documentado y ha atraído una mayor atención internacional.⁶⁰ En el este de la RDC grupos armados y facciones no controladas del ejército nacional están involucrados en la mayoría de los eslabones iniciales (de la mina a la fundición) de la cadena de suministro: desde control de las minas, explotación forzada de mineros y porteadores, extorsión sistemática y extracción ilegal de impuestos a pequeños transportistas y comerciantes hasta relaciones con las llamadas casas de comercio o *comptoirs*.⁶¹ Los sustanciosos beneficios de este comercio les permiten continuar su actividad armada y por tanto perpetúan una situación de violación sistemática de derechos humanos. Por lo tanto, cuando empresas extranjeras adquieren metales cuyo origen es la RDC existe un gran riesgo de que estos metales estén directamente relacionados con la financiación de estas actividades armadas y el abuso de derechos humanos.

La comunidad internacional ha tratado de dar respuesta a esta letal dinámica desde hace más de una década. Un intento anterior de “nombrar y avergonzar” (*naming and shaming*) a las empresas que tenían relación directa e indirecta con el comercio de estos minerales del Panel de Expertos de Naciones Unidas sobre la explotación ilícita de

⁵⁹ Estadísticas internacionales sobre producción de estos metales están disponibles en distintas fuentes, entre ellas el US Geological Survey, Mineral Commodity Summaries, <http://minerals.usgs.gov/minerals/pubs/commodity/>. La mayoría del oro de RDC es sacado de contrabando fuera del país y no existen estadísticas fiables sobre la cantidad de producción, ver Intergovernmental Conference of the Great Lakes Region, *Regional Initiative on Natural Resources Newsletter* (Febrero 2012) p. 1.

⁶⁰ Ver por ejemplo los informes del Panel de Expertos de Naciones Unidas sobre explotación ilícita de recursos naturales en RDC (2000-2003) y del Grupo de Expertos de Naciones Unidas para RDC citados en las notas siguientes. Para informes de ONGs ver por ejemplo, Global Witness, *Faced with a Gun, What Can You Do?: War and the Militarisation of Mining in Eastern Congo* (2009); Global Witness, *Congo's Mineral Trade in the Balance. Opportunities and obstacle to demilitarisation* (2011), J. PRENDEGAST (The Enough Project), *A Comprehensive Approach to Conflict Minerals* (2009) y J. PRENDEGAST (The Enough Project), *Can You Hear Congo Now? Cell Phones, Conflict Minerals, and the Worst Sexual Violence in the World* (2009). Para una descripción detallada del conflicto en la RDC, el proceso de paz, que no alcanzó la región del Este, y las violaciones de derechos humanos durante las décadas de guerras en la zona ver, C. SRIRAM, O. MARTIN-ORTEGA y J. HERMAN, *War and Human Rights*, Routledge, Oxon, 2009, pp. 100-119.

⁶¹ Por ejemplo, Final Report of the Expert Group on DRC, Doc. ONU S/2010/596, 29 Noviembre 2010, paras. 173 y siguientes, y Global Witness, *Faced with a Gun, op. cit.*; S. BLORE e I. SMILLIE (Partnership Africa Canada), *Taming the resource course: Implementing the ICGLR Certification Mechanisms for Conflict-prone minerals* (2011); S. STIPTAELS y FILIPHILGERT (IPSI), *Accompanying note on the interactive map of militarised mining areas* (2009); e International Alert, *The complexity of resources governance in a context of state fragility: An analysis of the mining sector in the Kivu Hinterland* (2010).

recursos naturales en la RDC levantó muchas críticas pero no tuvo un efecto demostrable sobre la situación en el terreno.⁶²

Es a partir de 2008 cuando la diligencia debida aparece como uno de los instrumentos con potencial para afrontar el problema. A partir de este año el Consejo de Seguridad solicita a los Estados que se aseguren de que las empresas bajo su jurisdicción que consuman minerales de la RDC ejerzan diligencia debida sobre sus proveedores y el origen de los minerales que adquieren.⁶³ En 2009 el Consejo de Seguridad pidió al Grupo Expertos de Naciones Unidas sobre la RDC⁶⁴ que elaborara recomendaciones para la definición de directrices para el ejercicio de diligencia debida para aquellos involucrados en el comercio de minerales desde la RDC.⁶⁵ El Grupo de Expertos publicó dichas recomendaciones en su informe de 2010 y en el informe interino de 2011 se recoge la versión consolidada de sus directrices de diligencia debida.⁶⁶ Estas directrices fueron inmediatamente reconocidas por el Consejo de Seguridad, que ha pedido a los Estados que las den a conocer.⁶⁷

Este proceso se desarrollo de forma paralela a la redacción, en el seno de la OCDE, de un instrumento específico sobre diligencia debida y minerales conflictivos: la Guía de Diligencia Debida para la Cadena de Suministro Responsable de Minerales de Zonas Afectadas por Conflicto y Áreas de Alto Riesgo, en adelante la Guía de Diligencia

⁶² Desde 2000 a 2003 un Panel de Expertos autorizado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas documento el impacto del círculo vicioso de conflicto y explotación de recursos naturales sobre la situación humanitaria y social del país. Los informes del Panel de Expertos evidenciaron tal vínculo con respecto a las actividades tanto de Estados, fundamentalmente Ruanda, Uganda y la propia RDC, como de actores no estatales. Los últimos incluían grupos armados y empresas que operaban sobre el terreno. El Panel mantuvo que las empresas, directa o indirectamente habían sido instrumentales en el saqueo de recursos, la prolongación de la Guerra y la comisión de abusos de derechos humanos. Muy controvertida fue su decisión de publicar una lista de empresas y solicitar sanciones para las mismas. Ver los informes, Report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo, Doc. ONU S/2001/1072, 13 Noviembre 2001, Doc. ONU S/2002/1146, 16 Octubre 2002; Doc. ONU 2003/1027, 23 Octubre 2003 (Anexo 1 para la lista final de empresas); y para mayor análisis, MARTIN-ORTEGA, op. cit, pp. 75-76 y PAPAIOANNOU, A-M., "The Illegal Exploitation of Natural Resources in the Democratic Republic of Congo: A Case Study on Corporate Complicity in Human Rights Abuses", en De SCHUTTER, O., Transnational Corporations and Human Rights (2006) pp. 276 y 282.

⁶³ Resolución 1857 (2008), 22 Diciembre, para. 15 y Resolución 1896 (2009), 7 Diciembre, para. 14.

⁶⁴ El Grupo de Expertos fue establecido por el Consejo de Seguridad en 2004 para apoyar al Comité de Sanciones en el monitoreo del embargo de armas a los grupos armados que aún permanecen activos en la RDC, Resolución 1533 (2004), 12 Marzo.

⁶⁵ Resolución 1896 (2009), 7 Diciembre, para. 7.

⁶⁶ *Final Report of the Group of Experts on DRC*, Doc. ONU S/2010/596, 29 Noviembre, paras. 303 y siguientes y *Interim Report of the Group of Experts on DRC*, Doc. ONU S/2011/345, 7 Junio 2011, Anexo 1, p. 30 y siguientes.

⁶⁷ Resolución 1952 (2010), 29 Noviembre, para. 8.

Debida.⁶⁸ Ambos instrumentos, las directrices propuestas por el Grupo de Expertos de Naciones Unidas y la Guía de Diligencia Debida de la OCDE tienen un contenido similar, si bien las primeras tienen como ámbito más reducido el de asistir a empresas a evitar su participación en la explotación ilegal de los recursos naturales en la RDC.⁶⁹

La Guía de Diligencia Debida de la OCDE, y por tanto también las directrices del Grupo de Expertos, está teniendo un importante impacto en relación al desarrollo de la práctica internacional y nacional en materia de diligencia debida corporativa. Está dirigida directamente a las empresas que operan en y desde el territorio de Estados adheridos a las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE y cuya fuente de suministro de minerales está en territorios de alto riesgo. Tienen como ambicioso objetivo el de asegurar que las empresas involucradas en este tipo de comercio respeten los derechos humanos, eviten contribuir a conflictos y contribuyan de forma exitosa a un desarrollo sostenible, equitativo y efectivo.⁷⁰

La Guía de Diligencia Debida busca proporcionar un marco de diligencia debida como base para la gestión de una cadena de suministro responsable para los metales en cuestión, “clarificar las expectativas” de tal gestión cuando se operan en zonas afectadas por un conflicto y servir como un referente común para futuros programas de la industria.⁷¹ Pero es, como cabía esperar, un documento de naturaleza jurídica no vinculante.⁷²

La Guía define el estándar de diligencia debida como un proceso continuado, proactivo y reactivo a través del cual las empresas se aseguran que respetan los derechos humanos

⁶⁸ OCDE Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, *Recommendation of the Council on Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chain of Minerals from Conflict-Affected and Risk Areas*, Adoptada por el Consejo de la OCDE a nivel ministerial el 25 de Mayo de 2011, C/MIN(2011)12/FINAL. El documento contiene un código modelo sobre cadena de suministro (Model Supply Chain Policy), en su Anexo II y un elenco de sugerencias sobre medidas de mitigación del riesgo e indicadores para la medición de la mejora, en su Anexo III (Suggested Measures for Risk Mitigation and Indicators for Measuring Improvement). La Guía está acompañada de dos Suplementos que cubren los minerales 3 Ts (*Tin, Tungsten and Tantalum Supplement*, adoptado simultáneamente a la Guía de Diligencia Debida) y oro (*Gold Supplement*, aprobado en febrero de 2012), con recomendaciones específicas para la explotación y comercio de cada uno. El, mientras que el. Tampoco de ninguno de estos documentos existe en la actualidad una versión oficial (ni siquiera no oficial) en castellano.

⁶⁹ El Grupo de Expertos ha insistido en que ambos documentos son substancialmente similares y totalmente consistentes, *Final Report of the Expert Group on DRC*, Doc. ONU S/2011/738, 2 Diciembre, para. 35. En esta sección nuestro análisis se centra en la Guía de Diligencia Debida de la OCDE, si bien, dado que ambos documentos son substancialmente similares, las reflexiones que se desarrollan son igualmente aplicables a las directrices del Grupo de Expertos.

⁷⁰ OCDE *Due Diligence Guidance*, *op. cit.*, p. 9.

⁷¹ *Ibid*, introducción, p. 12.

⁷² *Ibid*, p. 16.

y no contribuyen al conflicto.⁷³ Como los documentos anteriores, insisten en la flexibilidad y adaptabilidad del concepto.⁷⁴ La Guía va más allá de las Directrices para Empresas Multinacionales, analizadas en el apartado anterior, ya que enuncia los pasos concretos que las empresas han de tomar para identificar y dar respuesta a los riesgos, actuales o potenciales, y así prevenir o mitigar los impactos adversos asociados con sus actividades o decisiones de suministro.⁷⁵ Los pasos, que son idénticos a los de las directrices del Grupo de Expertos para RDC, son cinco: 1) Establecer un sistema de gestión comercial fuerte. Esto incluye, en particular: diseñar una política comercial para la cadena de suministro de minerales originarios de áreas afectadas por conflictos o de alto riesgo, así como establecer el necesario apoyo a la gestión interna en este sentido; establecer relaciones con proveedores y diseñar mecanismos de recepción de quejas efectivos. Esto requiere el establecimiento de un sistema de controles y transparencia sobre la cadena de suministro, incluyendo una cadena de custodia o un sistema de localización o identificación de los actores de la cadena de suministro que más cercanos están a la fuente;⁷⁶ 2) Identificar y evaluar los riesgos de la cadena de suministro; 3) Diseñar e implementar una estrategia para responder a los riesgos identificados, incluyendo sistemas de monitoreo y seguimiento de los resultados de los esfuerzos para la mitigación de riesgos e informar sobre dichos procesos; 4) Llevar a cabo auditorías independientes desarrolladas por terceros de la diligencia debida en la cadena de suministro; y 5) Informar sobre la diligencia debida en la cadena de suministro.⁷⁷ La Guía no contiene una referencia explícita al establecimiento de mecanismos de remediación o colaboración con aquellos que ya han sido establecidos (incluidos los mecanismos estatales) una vez que el daño se ha producido. Consistentemente con su naturaleza voluntaria, la Guía no establece ninguna consecuencia por incumplimiento. La práctica estatal en materia de regulación de minerales conflictivos está consolidando la Guía de Diligencia Debida de la OCDE como el instrumento de referencia para la definición del estándar de diligencia debida corporativa en este ámbito concreto. Así, en 2012 la Regla de Implementación de la Sección 1502 de la llamada *Dodd-Frank Act* en Estados Unidos estableció que para cumplir con la obligación impuesta por esta norma

⁷³ *Ibid*, p. 13.

⁷⁴ *Ibid*, p. 15.

⁷⁵ *Ibid*, p. 13.

⁷⁶ La Guía de Diligencia Debida utiliza el término *upstream* para referirse a las empresas que se encuentran en la sección de la cadena de suministro de la mina a la refinería, y *downstream* para aquellas que desarrollan su actividad comercial en la sección de la cadena de la refinería al consumidor final, ver “Scope and Definitions”, *supra*, p. 32.

⁷⁷ *Ibid*, Anexo 1.

de informar sobre el origen de los minerales que utilizan, las empresas debían hacer referencia a estándares, nacionales o internacionales, de diligencia debida, y entre los estándares aceptados se cita la Guía de la OCDE.⁷⁸ Igualmente se consolida el instrumento en el ámbito de los países de origen de los minerales. La Conferencia Intergubernamental de los Grandes Lagos (CIGL) ha aceptado a las Guía de Diligencia Debida de la OCDE como instrumento de referencia para su Mecanismo de Certificación Regional para la casiterita, el coltan, el wolframio y el oro en el marco del Protocolo sobre la Explotación Ilegal de los Recursos Naturales (2006).⁷⁹ Siguiendo este desarrollo regional los países miembros de la organización han comenzado a aprobar normativa y marcos regulatorios que exigen a las empresas que operan en su territorio que ejerzan diligencia debida de acuerdo a los estándares establecidos por el Grupo de Expertos de Naciones Unidas y la OCDE.⁸⁰ Una vez consagrada la Guía de la OCDE como uno de los instrumentos de referencia en la materia, cabe esperar que su definición de diligencia debida empiece a consolidarse como un estándar normativo, más allá de su inicial carácter meramente recomendatorio.

⁷⁸ La *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (Pub.L. 111-203, H.R. 4173) fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en Julio de 2010 como respuesta al colapso de los mercados financieros y la crisis económica. Su principal objetivo es el de regular los mercados financieros, sin embargo contiene algunas secciones que no están en línea con este objetivo general, como las Secciones 1502, 1503 y 1504 sobre minerales conflictivos, salud y seguridad de operaciones mineras y transparencia de pagos en la industria extractiva respectivamente. Estas secciones incluyen reformas en las obligaciones empresariales de revelación de información financiera contenidas en la Sección 13 de la *Securities Exchange Act* de 1934. En concreto la Sección 1502 obliga a las empresas que tienen la obligación de entregar informes financieros anuales a la comisión federal *Securities and Exchange Commission* y que la cual exige a las empresas que se suministren de minerales de la RDC, o que no tengan certeza de que no lo hagan, declarar esta relación, ejercer diligencia debida en su cadena de suministro y someter dicho ejercicio a una auditoría independiente. Estas empresas han de presentar un llamado “Informe de Minerales Conflictivos.” La Regla de Implementación fue aprobada, tras mucho debate, en Agosto de 2012, Final Rule, SEC 17 CFR PARTS 240 and 249b, Conflict Minerals. Los primeros informes en materia de minerales conflictivos se deberán empezar a emitir en Mayo de 2014.

⁷⁹ El Mecanismo de Certificación Regional es parte de una más amplia Iniciativa Regional Sobre Recursos Naturales (Regional Natural Resources Initiative, RNRI), aprobada en 2010 en la Declaración de Lusaka de la CIGL. En 2012 se desarrollaron varios proyectos de implementación piloto de este mecanismo de certificación y Ruanda fue el primer país que emitió un certificado regional de la CIGL, ver ICGLR, Regional Initiative on Natural Resources Newsletter (February 2012). El Mecanismo de Certificación Regional tal y como se propuso inicialmente no contenía referencias a la diligencia debida. No fue hasta que la OCDE y el Grupo de Expertos de Naciones Unidas para RDC empezaron a cooperar de forma más directa con la CIGL que la diligencia debida empezó a tomar un rol más central en el acercamiento regional hacia la regulación de minerales conflictivos. En 2010 la OCDE y la CIGL firmaron un memorando de entendimiento en el que la CIGL respaldó la Guía de Diligencia Debida de la OCDE en su Cumbre de Lusaka, ver ICGLR-OECD-UN *Meeting on implementing due diligence recommendations for responsible mineral supply chains*, 5-6 May 2011, *Action plan for the implementation of the Guidance*.

⁸⁰ En 2011 el Ministerio de Minas de la RDC publicó una nota circular que obligaba a todas las operaciones mineras del país, en todos los puntos de la cadena de suministro, a desarrollar diligencia debida de acuerdo a los estándares del Grupo de Expertos de Naciones Unidas y la OCDE. El mismo año Ruanda publicó su regulación en materia de diligencia debida. Ver, Final Report of the Group of Experts on DRC, 2011, op. cit. para. 375-379.

Desde el punto de vista práctico, los primeros ejercicios de implantación de la Guía de la OCDE y de las directrices del Grupo de Expertos de Naciones Unidas sobre el terreno están arrojando resultados positivos de cambio de conducta de las empresas tanto en las etapas iniciales de la cadena de suministro como en las finales.⁸¹ Si bien, es aún pronto para determinar que dicha implementación este teniendo un efecto positivo sobre el destinatario final: la población en riesgo de violaciones de derechos humanos asociada a la actividad comercial de estas empresas.

6. CONCLUSIONES

La responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos está emergiendo en el contexto de los esfuerzos por regular las actividades y métodos de trabajo empresariales que impactan negativamente en los derechos humanos. Aunque ésta no es una responsabilidad jurídica en Derecho Internacional, sino una expectativa social, progresivamente se va insertando en marcos regulatorios obligatorios. La responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos se está desarrollando como una responsabilidad de ejercitar diligencia debida respecto a los potenciales efectos adversos que las actividades o relaciones empresariales pueden tener sobre la población afectada por las mismas. Este estándar de diligencia debida se está desarrollando a su vez a través de instrumentos generales como los Principios Rectores del RESG y las Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales y sectoriales, como aquellos instrumentos creados en el marco de la regulación del comercio y explotación de los llamados minerales conflictivos, entre ellos la Guía de la OCDE sobre Diligencia Debida para la Cadena de Suministro Responsable de Minerales de Zonas Afectadas por Conflicto y Áreas de Alto Riesgo, y sus equivalentes directrices del Grupo de Expertos de las Naciones Unidas para la RDC sobre diligencia debida.

Del análisis de los citados instrumentos podemos concluir que la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos ha emergido como un híbrido entre el estándar tradicional de diligencia debida para transacciones corporativas y el estándar de diligencia debida para el cumplimiento estatal del deber de proteger los derechos humanos contra la interferencia de terceros en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Nuestro estudio pone de manifiesto que la definición propuesta en todos los

⁸¹ En 2011 la OCDE llevo a cabo un ejercicio de implementación piloto en el que participaron 82 empresas, tanto *upstream* como *downstream*, ver, OECD, *Implementing the OECD Due Diligence Guidance*, http://www.oecd.org/document/15/0,3746,en_2649_34889_48584143_1_1_1_1.00.html

instrumentos tiene elementos comunes con algunas distinciones. Primero, todos los instrumentos confirman que la diligencia debida ha dejado de ser exclusivamente un ejercicio para identificar el riesgo a la empresa y ahora se refiere también a riesgos para los derechos humanos de aquellos afectados por las actividades y relaciones empresariales. En segundo lugar, parece haber acuerdo respecto de la flexibilidad del concepto: debe ser adaptable al tamaño, la naturaleza y el contexto de las operaciones, así como a la severidad del riesgo de impacto adverso sobre los derechos humanos. En tercer lugar, todas las definiciones incluyen, aunque con matices, el deber de identificar (o evaluar) riesgos, responder a los mismos, previniéndolos o mitigándolos e informar, o comunicar, sobre los resultados de este proceso. Son los instrumentos en el ámbito de la regulación de minerales conflictivos los que van más allá al requerir que este proceso esté auditado por terceros independientes. Pero la diferencia principal, y que mayor impacto puede tener a la hora del desarrollo del estándar en el futuro, es la disparidad de referencias a los procesos de remedio una vez que ha producido el daño. Mientras que los PR requieren que las empresas proporcionen remediación o por lo menos contribuyan a la misma, las Directrices de la OCDE solo contienen una recomendación al respecto en su Comentario. En el ámbito de regulación de minerales conflictivos ni la Guía de Diligencia Debida de la OCDE ni el instrumento del Grupo de Expertos de Naciones Unidas contienen referencia a la contribución al remedio de las consecuencias adversas de las empresas como parte de su diligencia debida. Sin embargo, es importante tener en cuenta, que dado que todos los instrumentos son voluntarios, -y de hecho insisten en dicha naturaleza y en que no generan obligaciones jurídicas-, no crean un derecho jurídico para las víctimas vis-á-vis las empresas.

Una vez definido el estándar a nivel internacional, o al menos identificados sus elementos esenciales, será la práctica de los Estados la que determinará su configuración futura como instrumento jurídico. Esta práctica será probablemente sectorial. Como hemos visto en el ámbito de los minerales conflictivos la práctica estatal se está inclinando por aceptar el estándar propuesto por la Guía de Diligencia Debida de la OCDE. La ventaja en este sentido es que dicho instrumento ha sido elaborado en un foro de colaboración de múltiples interesados (multi-stakeholder), con gran apoyo estatal, incluido de la mayoría de los Estados de origen de las multinacionales, los cuales son miembros de la OCDE. La desventaja, en términos de protección de los derechos humanos, es que se está eligiendo el estándar mínimo, a

través de centrarse en instrumentos que no proporcionan provisiones específicas que requieran remediación o por lo menos contribuir a esfuerzos de remediación.

Pero quizás el desarrollo más importante que traerá la práctica estatal será el de consolidar la obligación de proteger del Estado en materia de derechos humanos en el ámbito de las actuaciones empresariales. A medida que avanzamos en este sentido, esta obligación se desarrolla para incluir el establecimiento de medidas para requerir y apoyar a las empresas a que ejerciten diligencia debida. Esto es, el Estado asume la obligación de establecer un marco jurídico regulatorio interno en el que se exija, y apoye, a las empresas a que identifiquen, prevengan y mitiguen impactos adversos en materia de derechos humanos y eventualmente remedien dichos impactos.

En conclusión, si los desarrollos que hemos analizado en este capítulo continúan y se extienden a otros sectores, podemos encontrarnos ante un proceso a través del cual, por un lado, la diligencia debida pase de ser un estándar voluntario para las empresas y se convierta en un estándar normativo obligatorio, y por otro, la obligación estatal de proteger de los impactos negativos de las actividades de las empresas involucre la exigencia, y el apoyo a, que las empresas desarrollen diligencia debida en materia de derechos humanos como parte de sus actividades dentro y desde el territorio del Estado. Ello implicaría que para considerar la propia diligencia debida estatal en el cumplimiento de sus obligaciones habrá que considerar el grado de exigencia y apoyo a la diligencia debida empresarial.