



Asamblea General

Distr. general
16 de julio de 2018
Español
Original: inglés

Septuagésimo tercer período de sesiones

Tema 74 b) de la lista preliminar*

**Promoción y protección de los derechos humanos:
cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos
distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los
derechos humanos y las libertades fundamentales**

Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, en virtud de lo dispuesto en las resoluciones 17/4 y 35/7 del Consejo de Derechos Humanos.

* A/73/50.



Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas

Resumen

En el presente informe, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas hace un balance de las medidas adoptadas por las empresas y los Gobiernos para avanzar en la aplicación de la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos conforme se establece en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”. En él se señalan las buenas prácticas emergentes que es preciso consolidar y ampliar a fin de subsanar las deficiencias en las prácticas vigentes.

I. Introducción

A. Antecedentes

1. El respaldo unánime del Consejo de Derechos Humanos a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”, en 2011, constituyó un hito en las iniciativas dirigidas a hacer frente a los efectos negativos en las personas derivados de las actividades empresariales de todos los sectores. Los Principios Rectores proporcionan, por primera vez, un marco con un reconocimiento y prestigio mundial que incorpora las obligaciones y responsabilidades de los Gobiernos y las empresas comerciales para prevenir y hacer frente a dichos efectos, y desde entonces se ha transformado en un punto de referencia para todas las partes interesadas.

2. Los Principios Rectores aclaran que las empresas comerciales tienen una responsabilidad independiente de respetar los derechos humanos y que, para ello, deben ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos. Al hablar de diligencia debida, se hace referencia a los procesos que todas las empresas deben incorporar a fin de identificar, prevenir, mitigar y justificar cómo subsanan los efectos adversos potenciales y reales sobre los derechos humanos causados total o parcialmente por sus actividades, o vinculados directamente con sus operaciones, sus productos o los servicios prestados por sus relaciones comerciales.

3. Desde 2011, diversas empresas comerciales han adoptado medidas para aplicar la diligencia debida en materia de derechos humanos, y se han afianzado las buenas prácticas. Sin embargo, para que la diligencia debida en materia de derechos humanos se transforme en una práctica habitual de las empresas, es necesario que los distintos actores hagan importantes esfuerzos.

B. Propósitos y objetivos

4. En el presente informe, el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas se propone resaltar los siguientes aspectos: a) las características clave de la diligencia debida en materia de derechos humanos; b) las deficiencias y dificultades actuales; c) las buenas prácticas emergentes y d) la forma en que los principales interesados —los Estados y la comunidad de inversores, en particular— pueden contribuir a una aplicación en mayor escala de la diligencia debida en materia de derechos humanos.

5. También tiene por objeto contribuir a la convergencia en torno al concepto de diligencia debida de los Principios Rectores de las iniciativas internacionales para promover la responsabilidad de las empresas. En ese sentido, otra importante referencia es la publicación reciente de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) de la *Guía de debida diligencia para una conducta empresarial Responsable*.

C. Metodología, ámbito de aplicación y limitaciones

6. En la preparación de su informe, el Grupo de Trabajo utilizó la información que las partes interesadas presentaron por escrito en respuesta a una solicitud pública de aportaciones; las entrevistas con diversos expertos, y las consultas con las organizaciones empresariales, las organizaciones de la sociedad civil, los Estados y

otras partes interesadas celebradas en Bangkok, Beijing, Buenos Aires, Ginebra, Londres, París, Santiago de Chile, Washington D.C. y Zúrich¹.

7. El ámbito de aplicación del informe es la norma de diligencia debida en materia de derechos humanos establecida en el segundo pilar de los Principios Rectores: la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos². Se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. En el informe también se examina la función de los Estados, como se indica en el primero y el tercer pilar de los Principios Rectores: el deber del Estado de proteger los derechos humanos y la necesidad de asegurar el acceso a las reparaciones para las víctimas.

8. El Grupo de Trabajo reconoce que es necesario seguir trabajando para evaluar los efectos reales de las prácticas emergentes sobre el terreno. Con vistas a futuro, será esencial hacer un seguimiento de la eficacia y de las lecciones aprendidas que se puedan extraer de los enfoques descritos en el presente informe.

9. En la práctica, la diligencia debida en materia de derechos humanos es un tema que abarca una amplia variedad de cuestiones (dado que las actividades de las empresas pueden tener efectos adversos sobre todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos) y de actividades (pues la diligencia debida entraña diversas etapas y procesos). En el presente informe no se hace un análisis detallado de todas las cuestiones. Hay dos notas complementarias que analizan en profundidad los conceptos clave y las lecciones aprendidas en las prácticas de las empresas³.

II. Diligencia debida en materia de derechos humanos: características principales y razones de su importancia

A. Características principales

10. La diligencia debida en materia de derechos humanos es el eje que guía las actividades cotidianas de una empresa comercial en tanto refleja cómo esta lleva a la práctica su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Es un modo de gestionar en forma proactiva los riesgos reales y potenciales de los efectos adversos en los derechos y la dignidad de las personas. Si bien a menudo se hace referencia al proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos, en realidad esto implica un conjunto de procesos interrelacionados, que debería incluir los cuatro componentes básicos siguientes⁴:

a) Identificar y evaluar los efectos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos que la empresa haya causado o contribuido a causar a través de sus actividades, o que guarden relación directa con las operaciones, los productos o los servicios prestados por sus relaciones comerciales;

¹ Las presentaciones recibidas pueden consultarse en <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/Submissions2018.aspx>, y la página temática en español, en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Forum/Pages/CorporateHRDueDiligence.aspx>

² Consúltase la explicación más detallada en *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: guía para la interpretación*, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

³ Para consultar las notas complementarias (de próxima publicación), véase <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Forum/Pages/CorporateHRDueDiligence.aspx>

⁴ Estos procesos se exponen en los Principios Rectores. Se analizan en forma más detallada en los Principios Rectores 17 a 21 y en la Guía para la interpretación del ACNUDH.

b) Integrar los resultados de las evaluaciones de impacto en las funciones y los procesos pertinentes de la empresa, y adoptar las medidas adecuadas conforme a su participación en el impacto. Más concretamente, si la empresa causa estos efectos, deberá adoptar medidas para ponerles fin o prevenirlos; Si contribuye a estos efectos, debe adoptar medidas para poner fin a esa situación o prevenirla, y ejercer influencia para mitigar en la mayor medida posible los efectos que no se puedan eliminar; si no ha contribuido a causar los efectos, y su implicación solo se reduce a una relación directa de esos efectos con las operaciones, los productos o los servicios prestados por una relación comercial, deberá adoptar medidas para obtener y ejercer influencia en la prevención y mitigación de los efectos, en la mayor medida posible;

c) Hacer un seguimiento de la eficacia de las medidas y los procesos adoptados para contrarrestar estos efectos adversos sobre los derechos humanos a fin de saber si están dando resultado;

d) Comunicar de qué manera se encaran los efectos adversos y demostrar a las partes interesadas —en particular a las afectadas— que se han dispuesto políticas y procesos adecuados para la aplicación del respeto de los derechos humanos en la práctica.

11. Los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos también deben complementarse mediante a) políticas apropiadas basadas en la firme decisión de las empresas de respetar los derechos humanos y los esfuerzos por incorporar la diligencia debida en materia de derechos humanos en todos los niveles y funciones; y b) la participación activa en la reparación de los efectos adversos sobre los derechos humanos que la empresa ha causado o contribuido a causar.

12. Si una empresa determina que ha causado o contribuido a causar efectos adversos, una parte fundamental de su responsabilidad es la de proveer o contribuir a proveer la reparación de esos efectos mediante procesos legítimos, que pueden consistir en mecanismos judiciales y extrajudiciales del Estado, así como mecanismos de reclamación no estatales. Las empresas deben establecer mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional o participar en ellos; estos deben cumplir determinados criterios básicos establecidos en el principio rector 31. Esos mecanismos son esenciales para la eficacia de la diligencia debida y refuerzan la prevención, pues ayudan a las empresas a detectar las dificultades y los problemas sistémicos y a atender las reclamaciones en una etapa temprana, evitando que se agraven.

13. Características descriptivas de la diligencia debida en materia de derechos humanos:

a) Deben atenderse, ante todo, para prevenir los efectos adversos sobre los derechos humanos;

b) Deben ser proporcionales a la gravedad y probabilidad del efecto adverso (cuanto ms alta sean la probabilidad y la gravedad de un efecto adverso, más meticuloso será el proceso diligencia debida) y adaptarse a los riesgos específicos y a la forma en que estos afectan a los diferentes grupos (por ejemplo, aplicar una perspectiva de género, o tener en cuenta si estos efectos adversos reales o potenciales pueden afectar de manera distinta a las mujeres o si las afecta específicamente) y ajustar las medidas en este sentido;

c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los Derechos Humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

14. Entre otras consideraciones fundamentales se incluye la necesidad de garantizar que el proceso de diligencia debida⁵:

a) No se ejerza ni tampoco sea un requisito para desplazar responsabilidades: la expectativa de que todas las empresas comerciales actúen con diligencia debida en materia de derechos humanos no traslada la responsabilidad de los Gobiernos a las empresas, ni tampoco de las empresas que provoquen o contribuyan a causar los efectos adversos a las empresas que están directamente vinculadas a los efectos adversos mediante sus relaciones comerciales;

b) Se lleve a cabo de conformidad con los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos, lo que puede ayudar a las empresas a cumplir las normas internacionales de derechos humanos cuando los requisitos jurídicos nacionales son inferiores a los exigidos por esas normas;

c) Sea proporcional al tamaño de la empresa, el riesgo de efectos graves y la naturaleza y el contexto de las operaciones empresariales; por ejemplo, en entornos operativos de alto riesgo, como las zonas afectadas por conflictos, las empresas deben intensificar la exigencia de la diligencia debida en materia de derechos humanos;

d) Se adapte a las dificultades de la gestión de las relaciones comerciales, por ejemplo con los proveedores, los socios en empresas conjuntas o las entidades gubernamentales, y tome en consideración una serie de medidas factibles —tanto unilaterales como colectivas— para intensificar la influencia de la empresa y ampliar su capacidad para hacer frente a los efectos adversos derivados de las operaciones, los productos o los servicios empresariales de sus relaciones comerciales;

e) Se base en la participación significativa de las partes interesadas en todo el proceso, en particular en el caso de las partes interesadas afectadas;

f) Incluya un mecanismo de comunicación continua de los efectos reales y potenciales detectados y el tratamiento asignado, que refleje la naturaleza de los efectos y sea accesible para el público destinatario, sin poner en riesgo, a su vez, a las partes interesadas y afectadas, al personal o los requisitos legítimos de confidencialidad.

15. En la nota complementaria I del presente informe figuran otras consideraciones fundamentales para cada uno de los componentes principales del proceso de diligencia debida, así como la forma en que se interpreta la diligencia debida según los sectores y los tipos de actores específicos. También se aborda la relación con los conceptos de responsabilidad jurídica⁶, pues el proceso adecuado de diligencia debida en materia de derechos humanos adquiere cada vez más pertinencia para el fortalecimiento de la gestión de riesgo. Una diferencia clave entre la diligencia debida en materia de derechos humanos y la diligencia debida empresarial tradicional —habitualmente denominada diligencia debida transaccional o vigilancia de cumplimiento— es que en el primer caso se hace hincapié en los riesgos para las personas, mientras que, en el segundo, en los riesgos que son motivo de preocupación para una empresa.

B. Por qué es importante

16. La esencia de los Principios Rectores radica en la distinción entre el deber del Estado de proteger y la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Proceder con diligencia debida es lo primero que se espera de una empresa con respecto a sus responsabilidades por los efectos adversos en los derechos

⁵ Estas características están en consonancia con los “aspectos esenciales” incluidos en la *Guía de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*, de la OCDE págs. 16 a 19.

⁶ Basado en un informe del ACNUDH (A/HRC/38/20/Add.2).

humanos que causa, contribuye a causar o con los cuales la empresa está directamente vinculada.

17. Por lo tanto, la diligencia debida es fundamental como base de lo que debería hacer cualquier empresa para dar cumplimiento a su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Esta idea va mucho más allá del mero hecho de no ocasionar daños. El concepto de respeto empresarial, tal como se establece en los Principios Rectores, requiere la adopción de medidas proactivas para prevenir y subsanar los efectos perjudiciales. El objetivo principal de la diligencia debida en materia de derechos humanos es la prevención de los efectos adversos sobre las personas.

18. En un contexto más amplio, si no se respetan la dignidad y los derechos humanos en las actividades empresariales, las contribuciones positivas que las empresas por lo demás pueden hacer en pos del desarrollo sostenible pierden sustento. El Grupo de Trabajo y otros han hecho hincapié en esta relación y han sostenido que la contribución más importante que las empresas pueden hacer en favor del desarrollo sostenible es prevenir y contrarrestar los efectos adversos sobre los derechos humanos procediendo con la diligencia debida en materia de derechos humanos⁷.

19. Ningún argumento de “viabilidad comercial” puede eximir a las empresas de la responsabilidad de proceder con diligencia debida en materia de derechos humanos. El hecho de no ejercer la diligencia adecuada con miras a evitar riesgos para las personas no solo suele conllevar un costo humano, sino que sus consecuencias se vuelven en contra de las empresas⁸.

III. Tendencias y retos actuales

A. Mayor incorporación en los marcos de política

20. Desde la aprobación de los Principios Rectores, en 2011, por el Consejo de Derechos Humanos, la diligencia debida en materia de derechos humanos se ha transformado en una norma de conducta aplicable a todas las empresas. El concepto ha quedado plenamente integrado a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Una publicación reciente de la OCDE, *Guía de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*, respaldada por los 48 Gobiernos adheridos, dará un nuevo impulso para consolidar la norma. Se incorporó a la versión revisada de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo, y ha sido reiterada por los dirigentes en las Cumbres del Grupo de los siete y del Grupo de los 20. También se refleja en la legislación general sobre diligencia debida en materia de derechos humanos (Francia, Unión Europea) o en nuevas leyes (Suiza), así como en los requisitos de divulgación obligatoria de los riesgos de esclavitud moderna en las cadenas de suministro (en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en los Estados Unidos de América [California] y, próximamente, en Australia); todos

⁷ Véase <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/SustainableDevelopmentGoals.aspx>, <https://www.business-humanrights.org/en/civil-society-urges-businesses-govts-to-put-human-rights-at-core-of-implementation-of-un-sustainable-development-goals#c162595> y <https://www.shiftproject.org/resources/viewpoints/sustainable-development-goals-corporate-respect-human-rights/>.

⁸ Véase, por ejemplo, Rachel Davis y Daniel Franks, “Costs of Company-Community Conflict in the Extractive Sector”, Corporate Social Responsibility Initiative Report No. 66 (Cambridge, Massachusetts, Harvard Kennedy School, 2014).

estos hechos constituyen novedades jurídicas a las que se ha dado en llamar “el comienzo de un cambio de paradigma”⁹.

21. En los mercados emergentes —como China e Indonesia— los marcos normativos también se han inspirado en el concepto de diligencia debida en materia de derechos humanos que recogen los Principios Rectores. En los 20 planes de acción nacionales sobre las empresas y los derechos humanos que se han elaborado hasta la fecha, los Gobiernos han reafirmado la expectativa de que las empresas de sus países o territorios ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos¹⁰.

22. Además de los Gobiernos, cada vez son más los inversores interesados en saber cómo las empresas gestionan los riesgos para los derechos humanos¹¹. A estos se suman los abogados de empresas, que advierten que deben asesorar a sus clientes empresariales cuando ejercen la diligencia debida en materia de derechos humanos. La International Bar Association (IBA) señala que “cada vez se observa con más frecuencia que las empresas procuran que sus abogados externos colaboren con ellas en la identificación o gestión de riesgos en materia de derechos humanos”¹². En el mundo del deporte, los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos han pasado a integrar una parte esencial del proceso de selección de las futuras Copas Mundiales de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA)¹³ y de los requisitos operativos que deben reunir los contratos que celebra la ciudad anfitriona de los Juegos Olímpicos¹⁴.

23. Entre las empresas comerciales, un número pequeño pero cada vez mayor de grandes empresas de diferentes sectores ha hecho declaraciones de política expresando su firme determinación de respetar los derechos humanos en consonancia con los Principios Rectores. Varias de esas empresas están abocadas a la formulación de prácticas que implican el aprendizaje y la innovación continuos en torno a los diversos componentes de la diligencia debida en materia de derechos humanos para prevenir y hacer frente a los efectos en todas las operaciones y relaciones, y también en las cadenas de suministro¹⁵.

B. Deficiencias y problemas en las prácticas vigentes

24. A pesar de la gran difusión de la diligencia debida en materia de derechos humanos en todo el mundo, como norma de conducta en diversos marcos de política, aún queda mucho por hacer para que la norma quede integrada a la práctica. Una de

⁹ Amnistía Internacional y el Centro de Recursos sobre Empresas y derechos humanos, *Creating a Paradigm Shift: Legal Solutions to Improve Access to Remedy for Corporate Human Rights Abuse*.

¹⁰ Véase la compilación de dichas referencias efectuada por el Grupo de Trabajo en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Session18/CompilationNAPReferencesToDiligence> <https://www.ohchr.org/Pdf>.

¹¹ Véase la presentación la Alianza Global de Inversores por los Derechos Humanos, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WGSubmissions/2018/InvestorAlliance.pdf>. Un ejemplo de las expectativas de los inversores institucionales es el documento sobre las expectativas en materia de derechos humanos de Norges Bank Investment Management, que gestiona el Fondo de Pensiones del Gobierno de Noruega, <https://www.nbim.no/en/responsibility/risk-management/human-rights/>.

¹² International Bar Association, *Guía práctica sobre empresas y derechos humanos para abogados mercantiles*.

¹³ Consejo Asesor sobre Derechos Humanos de la FIFA “Update statement from the FIFA Human Rights Advisory Board”, mayo de 2018.

¹⁴ Véase <https://www.olympic.org/news/ioc-reinforces-its-commitment-to-transparency-and-reform-by-publishing-host-city-contract>

¹⁵ Véase Norton Rose Fulbright y British Institute of International and Comparative Law, “Making Sense of Managing Human Rights Issues in Supply Chains: 2018 Report and Analysis”.

las dificultades que se han encontrado para hacer evaluaciones de progreso con documentación sólida es la escasez de información exhaustiva y sistemática sobre qué entiende la mayoría de las empresas del ámbito mundial por efectos adversos reales y potenciales en materia de derechos humanos y cómo los gestionan. Para preparar este informe, el Grupo de Trabajo recibió información de expertos de diversos ámbitos, así como los resultados de distintos estudios de referencia y evaluaciones en materia de derechos humanos¹⁶ que han permitido arrojar luz sobre la situación actual. Así pues, han surgido diferentes tipos de deficiencias y dificultades, tanto en lo que respecta a las prácticas de las empresas y de los Estados como al entorno más amplio.

1. Prácticas empresariales

25. Las evaluaciones de referencia y calificación de desempeño en el ámbito de los derechos humanos revelan que la mayoría de las empresas que se incluyeron en estos estudios no aplica prácticas que cumplan con los requisitos establecidos por los Principios Rectores. Posiblemente este hecho señale que la gestión de riesgos para los trabajadores y las comunidades es inadecuada, a pesar de haber más conciencia y compromiso. Uno de los indicadores es la falta de orientación hacia los riesgos de derechos humanos en la mayoría de los informes más recientes que, en el mejor de los casos, se debe a una comunicación inadecuada o, en el peor, es un reflejo de la falta de comprensión y gestión de los riesgos en materia de derechos humanos. En términos generales, queda mucho margen para introducir mejoras relativas a la transparencia sobre los detalles concretos de las evaluaciones de riesgos y los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos. Suele suceder que no se comprende cabalmente qué es la diligencia debida en materia de derechos humanos, y esto da lugar a:

a) Mala interpretación del riesgo, es decir, cuando las empresas funcionan pensando en el riesgo para la empresa sin tomar en consideración el riesgo para los titulares de derechos, como los trabajadores, las comunidades y los consumidores. Al respecto, no se llega a comprender que el ejercicio eficiente de la diligencia debida en materia de derechos humanos mejora todo el abordaje de la gestión de riesgos. La renuencia o incluso el rechazo de los asesores jurídicos tradicionales —tanto los que trabajan dentro de la empresa como los que lo hacen en forma externa— por temor a la divulgación de la información, constituyen un obstáculo para la incorporación del proceso de diligencia debida por parte de las empresas;

b) Falta de atención a los riesgos más importantes de derechos humanos en primer lugar, concentrándose en los riesgos que pueden ser relativamente fáciles de resolver, o que ya concitan atención en un contexto determinado, como la esclavitud moderna o la diversidad, en lugar de hacer una evaluación objetiva de los riesgos más importantes y probables para las personas que se ven afectadas por las actividades y relaciones comerciales de la empresa.

c) Demasiadas evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos que se realizan como ejercicios simbólicos, sin una interacción significativa con las partes interesadas, o con los grupos vulnerables o en riesgo y las voces críticas como los defensores de los derechos humanos;

¹⁶ Véase el índice empresarial de derechos humanos; base de datos del marco de presentación de informes sobre los principios rectores; KnowTheChain; Ranking Digital Rights; índice de minería responsable; las evaluaciones de Vigeo Eiris de 2018 en la publicación *Sustainability Yearbook 2018* de RobecoSAM y los Principios de Inversión Responsable”. Para más detalles, véase la nota complementaria II. Asimismo, cada vez es más la bibliografía académica sobre diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos. Véanse, por ejemplo, las publicaciones *Business and Human Rights Journal* y *European Journal of International Law*.

d) La mayoría de las empresas siguen siendo más reactivas que proactivas en la detección de los efectos potenciales sobre los derechos humanos antes de que se produzcan, entre otras cosas, mediante una colaboración significativa en etapas tempranas con las partes interesadas que podrían verse afectadas.

26. Se observa un desempeño particularmente poco alentador en dos componentes de la diligencia debida en materia de derechos humanos que figuran en los Principios Rectores: “adopción de medidas” y “seguimiento de respuestas”. Del mismo modo, en la práctica no se establecen vinculaciones entre la diligencia debida en materia de derechos humanos y la reparación de los efectos reales. La falta de integración de la perspectiva de género constituye una notable deficiencia¹⁷.

27. Una observación común es que, más allá de un pequeño grupo pionero —en su mayoría grandes empresas radicadas principalmente en algunos mercados occidentales— en general las empresas poco saben y entienden qué significa la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos; esto se observa en especial en las más pequeñas. Además, la experiencia adquirida en los diálogos a nivel nacional indica que muchas empresas, en particular las pequeñas y medianas, consideran las expectativas de diligencia debida como una carga.

28. Una de las dificultades común a los distintos sectores es cómo plasmar las políticas empresarias en los distintos contextos, por ejemplo, en las empresas subsidiarias. Suele existir una desconexión entre el nivel institucional y la aplicación en la práctica, como también lagunas en la alineación interna entre las funciones y las estructuras de incentivos. En este sentido, se observa que las empresas están dando prioridad a la formación general, a fin de poder cumplir en lo formal con la capacitación en materia de derechos humanos, sin adaptar estas actividades de capacitación a funciones específicas.

29. Una aparente laguna en la gestión actual de las cadenas de suministro es que la diligencia debida en materia de derechos humanos suele estar limitada a las empresas de nivel uno. Las iniciativas para superar este nivel solo tienden a prosperar cuando los medios o una organización no gubernamental toman cartas en el asunto. Son pocas las empresas que piden a los proveedores de nivel uno que demuestren que ellos —y también a sus proveedores de los niveles inferiores— cumplen con la responsabilidad de respetar los derechos humanos mediante el requisito de las evaluaciones de los riesgos e impacto en materia de derechos humanos. Aún se siguen empleando prácticas que estaban en vigor antes de la aprobación de los Principios Rectores, por ejemplo, situaciones en las que las empresas solicitan por lo general a los proveedores el cumplimiento de ciertos criterios de desempeño definidos en relación con un conjunto determinado de derechos humanos, en su mayoría derechos laborales. No obstante, se han registrado hechos alentadores en términos de:

a) Enfoques de colaboración más fructíferos para potenciar los esfuerzos en forma conjunta;

b) Actividades encaminadas a investigar los efectos más allá del primer nivel, como en las cadenas de suministro de minerales¹⁸, principalmente a través de plataformas sectoriales o de múltiples interesados.

30. En el contexto de la agenda para el desarrollo sostenible, existe el riesgo de que la colaboración del sector empresarial con los Objetivos de Desarrollo Sostenible se confunda con la diligencia debida en materia de derechos humanos. El énfasis

¹⁷ Sin embargo, pareciera haber dos grandes excepciones: a) cuando una empresa se enfrenta a un riesgo de ser vinculada a situaciones de violencia sexual o acoso, reacciona e intenta adoptar una perspectiva de género; b) el género se utiliza como parte del carácter inclusivo y diverso de la empresa, por ejemplo, en la fuerza de trabajo o en los consejos de administración.

¹⁸ Véase <http://mneguidelines.oecd.org/mining.htm>.

excesivo en las oportunidades comerciales relega a segundo plano el entendimiento de que la contribución más importante que puede hacer la mayoría de las empresas a la consecución de los Objetivos es el respeto por los derechos humanos.

2. Prácticas de Gobierno

31. La dificultad más grande sigue siendo la falta de liderazgo del Gobierno para resolver las deficiencias de gobernanza. Una cuestión fundamental es que los Gobiernos anfitriones no cumplen con su obligación de proteger los derechos humanos, ya sea por no aprobar una legislación que se ajuste a las normas internacionales del trabajo y derechos humanos, o por aprobar leyes que no son compatibles ni efectivas para la aplicación de leyes que protejan a los trabajadores y las comunidades afectadas. Un ejemplo de ello es la situación de los derechos de los trabajadores, así como las limitaciones de la capacidad y eficacia de las autoridades de inspección del trabajo en muchas partes del mundo¹⁹.

32. Si bien algunos Gobiernos han introducido legislación en materia de diligencia debida o divulgación de información, dichas iniciativas no son homogéneas. En relación con ello, aun cuando las organizaciones de la sociedad civil y muchas empresas comerciales celebran las leyes que exigen la divulgación de información sobre esclavitud moderna y riesgos para los derechos humanos, existe una falta de armonización y coordinación entre los Gobiernos que siguen esta agenda.

33. Los expertos de las empresas y la sociedad civil por igual señalan también que los Gobiernos no ofrecen la orientación necesaria para ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos ni apoyo específico para las empresas del ámbito nacional, incluidas las pequeñas y medianas empresas.

34. La falta de coherencia de las políticas en las prácticas gubernamentales forma parte de todo este escenario, y los Gobiernos no dan el ejemplo en las funciones que desempeñan como actores económicos. Esto limita su capacidad para impulsar a las empresas a poner en práctica la diligencia debida en materia de derechos humanos. El Grupo de Trabajo ha puesto de relieve que las empresas estatales — que son las que deberían dar el ejemplo — generalmente quedan rezagadas en la adopción de criterios de diligencia debida en materia de derechos humanos²⁰. Del mismo modo, la integración de la diligencia debida en materia de derechos humanos en la práctica y los requisitos que deben cumplir los clientes de los organismos de crédito a la exportación suele ser deficiente, como lo han señalado el Grupo de Trabajo en un informe reciente²¹ y los encargados de adquisiciones públicas²².

3. Cuestiones sistémicas y deficiencias del mercado

35. Algunos de los riesgos para los Derechos Humanos en que las empresas pueden verse involucradas son, entre otros, el trabajo infantil; el trabajo forzoso; la discriminación contra las mujeres, las minorías, los migrantes y otras personas en el lugar de trabajo y la comunidad; la falta de un salario mínimo vital; la falta de participación de los trabajadores afectados, los miembros de las comunidades y los

¹⁹ Véase, por ejemplo, el índice global de los derechos de la Confederación Sindical Internacional.

²⁰ Véase el informe del Grupo de Trabajo A/HRC/32/45; el resumen de este informe puede consultarse en:
https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session32/Documents/ExSummary-WGBHR-SOE_report-HRC32.pdf.

²¹ Véase A/HRC/38/48; el resumen puede consultarse en
<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ExecutiveSummaryReportEconomicDiplomacy.pdf>.

²² Véase Claire Methven O'Brien, Amol Mehra y Nicole Vander Meulen, *Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions*, International Learning Lab on Public Procurement and Human Rights, 2016.

pueblos indígenas; los reasentamientos forzosos o la falta de acceso a los mecanismos de reparación. Estos riesgos se vinculan a cuestiones sistémicas y en muchos contextos están vinculados a las causas profundas o cuestiones fundamentales de desarrollo, como la pobreza, la corrupción y la debilidad del estado de derecho; representan desafíos que las empresas comerciales individuales no pueden resolver por sí solas.

36. Otras dificultades que enfrentan las empresas para ampliar la incorporación de la diligencia debida en materia de derechos humanos podrían clasificarse como deficiencias del mercado, por ejemplo:

a) La “desventaja de las pioneras”. Es el caso de las empresas que son transparentes respecto de sus riesgos y dificultades y son objeto de críticas por no hacer lo suficiente, mientras que sus competidores, menos responsables, permanecen inadvertidos por las ONG y los periodistas. En algunos casos, las ONG y los periodistas esperan demasiado de empresas que “solo” se vinculan al abuso de los derechos humanos, en contraposición con las empresas o los organismos del gobierno que son causantes de los abusos;

b) La falta de conocimientos prácticos sobre los Principios Rectores que se observa en la mayoría de empresas de consultoría que asesoran sobre “responsabilidad social de las empresas” y la falta de integración de las empresas y los derechos humanos en los servicios de asesoría básicos que prestan los bufetes de abogados;

c) La insuficiencia de estructuras de incentivos para hacer frente a los efectos en las personas, pues actualmente no existen mecanismos sistemáticos para los inversores, los organismos públicos que interactúan con el sector privado y los reguladores que recompensen las buenas prácticas. Si bien son cada vez más los Gobiernos e inversores que ponen un precio a los impactos ambientales, se han quedado rezagados en la aplicación de enfoques similares para los impactos en la población;

d) La falta de un consenso sobre los sistemas de medición y los indicadores que han de usarse para hacer un seguimiento y evaluar el desempeño dentro de las empresas y por parte de otras partes interesadas, como los inversores. Como consecuencia, es probable que las empresas recopilen información y la publiquen “sin dejar en claro de qué manera su actividad afecta realmente la dignidad y el bienestar básicos de las personas. Y los mercados premian las conductas deficientes o inadecuadas, mientras que las buenas prácticas siguen sin reconocimiento y sin respaldo”²³.

IV. Un paso adelante: fortalecer las buenas prácticas y corregir las deficiencias del mercado y de gobernanza

A. Lecciones aprendidas para las empresas: existen hojas de ruta para comenzar a recorrer el camino

37. Una de las principales enseñanzas de las evaluaciones —como el índice empresarial sobre derechos humanos y los análisis disponibles en la base de datos del Marco de Presentación de Informes sobre los Principios Rectores²⁴— es que, a pesar del escaso progreso general, en la práctica se pueden aplicar medidas correctas de

²³ Caroline Rees, “The way businesses’ social performance gets measured isn’t working”, Shift, febrero 2018.

²⁴ Recibe el apoyo de una coalición de 87 inversores que representan 5,3 billones de dólares en activos gestionados. Véase <https://www.ungpreporting.org/>.

diligencia debida. Hay una serie de ejemplos concretos que podrían plantear un punto de partida para un grupo más amplio de las empresas. Esto, sumado a las nuevas y numerosas herramientas y recursos para las empresas que se han incorporado en los últimos años, significa que las empresas ya no pueden invocar la falta de conocimientos como excusa para no comenzar con la diligencia debida en materia de derechos humanos.

38. En la realización de sus tareas de investigación para el informe actual, el Grupo de Trabajo trató de aprovechar las experiencias de las entidades pioneras y desentrañar aspectos del proceso con el fin de elaborar un enfoque de diligencia debida en materia de derechos humanos, incluida la manera de comenzar, el camino de la aplicación del proceso y los hitos fundamentales. Las conclusiones se presentan en la nota complementaria II.

39. Si bien el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos de cada empresa debe adaptarse a su situación particular y su perfil de riesgo, según el sector, los contextos operativos y el modelo de actividades, las estrategias acertadas para poner en marcha estos mecanismos son sorprendentemente similares en todos los sectores. La experiencia ha demostrado que cuando hay determinación de los altos ejecutivos e integración de las funciones institucionales el cambio es posible. Los cambios en las organizaciones, sin embargo, llevan su tiempo, y entrañan procesos de mejora y aprendizaje continuos en la práctica.

40. Hasta las entidades que han sido pioneras en los procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos en la empresa reconocen que se trata de una labor permanente. Cuando se trabaja con filiales en la evaluación de impactos, o con los proveedores o en otras relaciones comerciales —especialmente cuando participan muchos niveles y se trabaja en entornos complejos—, el progreso puede ser lento. Sin embargo, el empeño puesto en esta participación a lo largo del tiempo es fructífero desde el punto de vista de la mejora de la prevención y la confianza que se forja entre las partes interesadas.

41. Los abogados mercantiles —tanto los que trabajan dentro de la empresa como las empresas externas— se encuentran en una posición inigualable para configurar el camino que una empresa puede emprender. A menudo, se los ve como uno de los principales obstáculos para la adopción eficaz de procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos, con un enfoque limitado y tradicional sobre el riesgo jurídico. Sin embargo, hay algunos colegios de abogados, bufetes grandes de abogados y asesores jurídicos internos que avalan los Principios Rectores y reconocen que la diligencia debida en materia de derechos humanos debería ser una parte esencial del asesoramiento prestado por un asesor sabio. La necesidad de un cambio de mentalidad entre los principales abogados mercantiles se detalla en la nota complementaria II.

B. Buenas prácticas

42. La diligencia debida en materia de derechos humanos es un arte más que una ciencia, ya que es preciso que se adapte a la situación particular de una empresa. Aun así, los enfoques más recientes demuestran a las claras que puede ponerse en práctica.

43. El cambio fundamental es que la empresa debe integrar una perspectiva de derechos humanos a sus operaciones que tome en consideración los efectos adversos potenciales y reales sobre las personas, con miras a prevenir y subsanarlos. Esto mismo debe hacerse prestando la debida atención a todos los distintos componentes del proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos (la evaluación de los impactos, la integración y aplicación de los resultados, el seguimiento de la

eficacia de las respuestas, la comunicación sobre la forma en que se hace frente a los efectos adversos) y las medidas correctivas.

44. Los aspectos transversales de las buenas prácticas identificados por el Grupo de Trabajo se han recopilado en la nota complementaria II y se resumen a continuación.

1. Colaboración con las partes interesadas

45. Si bien existen grandes deficiencias en la práctica actual, hay diversos aspectos de las buenas prácticas que se entienden cada vez mejor. Los aspectos principales incluyen:

a) *Colaboración con las voces críticas, dándoles lugar para que planteen sus preocupaciones sobre los efectos posibles y reales.* La colaboración constructiva y de buena fe con las voces críticas, como los defensores de los derechos humanos, representantes sindicales y miembros de la comunidad, ayuda a determinar los riesgos para los derechos humanos. Las empresas comerciales también deben tener en cuenta, como parte de su diligencia debida en materia de derechos humanos, los riesgos a los que pueden verse enfrentadas esas voces críticas²⁵. Los Principios Rectores proporcionan un marco para la colaboración constructiva;

b) *Colaboración directa con las partes interesadas afectadas de buena fe.* En ocasiones, los problemas de seguridad y las barreras prácticas impiden colaborar con las partes interesadas en el terreno; en esos casos, las ONG confiables pueden resultar útiles como intermediarios. Sin embargo, la consulta directa a los trabajadores y las comunidades afectadas constituye la mejor manera de detectar los problemas, proponer medidas adecuadas y ayudar a fortalecer las iniciativas de prevención, mitigación y corrección. Un aspecto fundamental es la necesidad de tomar en consideración los riesgos específicos que afectan a distintos grupos; por ejemplo, integrar enfoques que tengan en cuenta la perspectiva de género²⁶. Los mecanismos de reclamación a nivel operacional que cumplen los criterios de eficacia de los Principios Rectores ofrecen una medida fundamental para colaborar directamente con las personas afectadas y reforzar la prevención. La prestación de apoyo para la realización de evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos a nivel comunitario puede consolidar la colaboración y forjar confianza.

c) *Colaboración con las ONG y los sindicatos en asociaciones formales para detectar los efectos posibles y reales y darles respuesta.* El establecimiento de asociaciones con organizaciones independientes e importantes puede contribuir a fortalecer los procesos para detectar y encarar los efectos adversos en los derechos humanos. Los modelos exitosos que deberían usarse de manera más generalizada incluyen, entre otros, la colaboración entre las empresas de alimentos y bebidas y las ONG, las asociaciones impulsadas por trabajadores²⁷ y los acuerdos marco mundiales entre sindicatos internacionales y las empresas²⁸.

2. Transparencia y presentación de informes sustanciales

46. La divulgación de información sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos es un área que presenta una brecha significativa entre las mejores prácticas y la gran mayoría de las empresas. La renuencia a revelar información sobre los

²⁵ El Grupo de Trabajo está elaborando unas pautas sobre las consecuencias de los Principios Rectores para colaborar con los defensores de los derechos humanos y resguardar sus derechos. Véase <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/HRDefendersCivicSpace.aspx>.

²⁶ Véase la labor del Grupo de Trabajo sobre el género y los Principios Rectores, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/GenderLens.aspx>.

²⁷ Véase, por ejemplo, <http://www.fairfoodprogram.org/>.

²⁸ Véase <http://www.industriall-union.org/issues/pages/global-framework-agreements-gfa>.

riesgos relacionados con los derechos humanos y los esfuerzos de mitigación parece obedecer, en gran parte, a los riesgos legales que se perciben. A pesar de ello, están surgiendo buenas prácticas; a esto se suma la creación de parámetros de referencia, la presión de los inversores, las novedades en el ámbito jurídico y una tendencia más amplia hacia la transparencia en materia de responsabilidad empresarial.

47. Los aspectos principales de las buenas prácticas incluyen:

a) *El reconocimiento claro de cuáles son los riesgos para las personas.* Constituye una buena práctica la difusión de estudios independientes para evaluar los efectos en los derechos humanos ocasionados por proyectos u operaciones particulares o por realizarse en contextos de alto riesgo²⁹;

b) Las descripciones precisas de procesos de diligencia debida adoptados por las empresas comerciales para hacer frente a riesgos específicos. Los indicadores de buenas prácticas pueden ser el número de empresas afiliadas que realizan evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos; el porcentaje de las empresas de nivel uno que han mostrado determinación para poner en marcha los Principios Rectores y exigen lo mismo a las empresas con las que guardan algún tipo de relación comercial; la vigilancia de los riesgos detectados para los derechos humanos, lo que puede incluir una auditoría, especialmente si se detectan riesgos con graves consecuencias; declaraciones claras sobre cómo las empresas comprenden su responsabilidad, sin intentos de desplazar las responsabilidades; y los datos que demuestren que los recursos se gastan en la detección de los problemas y su resolución.

3. Más allá del nivel uno

48. La gestión de los riesgos y efectos en materia de derechos humanos en las cadenas de suministro puede revestir una gran complejidad. En las cadenas de suministro participan cientos o miles de proveedores de los diferentes niveles, e incluso proveedores que habitualmente prestan servicios a más de un sector. Aun así, los Principios Rectores aclaran que la responsabilidad de una empresa de respetar los derechos humanos se relaciona con los efectos adversos sobre los derechos humanos a los cuales se vinculan sus operaciones, productos y servicios en todos los niveles de su cadena de valor. Además, cada empresa debería velar por que sus propias prácticas —por ejemplo, la venta de piezas defectuosas, los ingredientes insalubres, la compra irresponsable, o los modelos comerciales de bajo costo y entrega rápida— no contribuyan a producir efectos adversos sobre los derechos humanos en la cadena de valor.

49. Un método para ir más allá del nivel uno es el de los requisitos “de cascada”, es decir, la exigencia de requisitos a los proveedores de los proveedores; este método puede ser más efectivo cuando se usan incentivos, con colaboración constructiva y apoyo en aspectos tales como:

- Evaluaciones de riesgo
- Auditorías
- Capacitación y creación de capacidad
- Establecimiento de mecanismos de reclamación.

50. Las grandes empresas quizá pueden hacerlo solas, pero los enfoques colectivos son más eficaces en función de los costos, especialmente cuando se trata de empresas

²⁹ En la nota complementaria II se puede consultar la lista disponible de evaluaciones de efectos en los derechos humanos.

comerciales de un mismo sector industrial, que suelen tener los mismos proveedores³⁰. Uno de los aspectos fundamentales es velar por que el método de cascada no se utilice para desplazar o limitar la responsabilidad, por ejemplo, desviándola hacia los auditores.

51. Ir más allá del nivel uno implica también identificar los puntos de estrangulamiento o de control en las cadenas de suministro y evaluar su desempeño en función de la diligencia debida en la dirección ascendente de la cadena, por ejemplo, las fundiciones cuando compran minerales o los comerciantes de algodón cuando compran fardos de algodón.

52. Las nuevas tecnologías prometen ofrecer soluciones innovadoras para mejorar la forma en que se detectan los efectos en los derechos humanos en los niveles inferiores de la cadena de suministro. Entre las innovaciones importantes cabe señalar la tecnología para permitir que los trabajadores hagan oír su voz y así favorecer tanto la diligencia debida como las medidas correctivas, también en las cadenas de suministro. Otra innovación sujeta a estudio son las iniciativas de colaboración en diversos sectores para emplear tecnología de cadenas de bloque y vigilar los efectos en todos los nodos de la cadena de suministro. Al mismo tiempo, cuando se emplea tecnología, es preciso prestar atención especial a los riesgos de socavar las buenas prácticas.

4. Crear y ejercer influencia

53. En el marco de la aplicación de la diligencia debida en toda la cadena de valor, las empresas deben comunicar la expectativa de que se prevendrán y subsanarán los efectos adversos a través de la diligencia debida en materia de derechos humanos, siempre que corresponda, en todo el ámbito de sus relaciones comerciales. Para lograrlo, es posible que deban establecerse requisitos o incentivos que permitan exigir a los asociados comerciales inmediatos o del nivel uno el ejercicio de la diligencia debida en materia de derechos humanos, aplicando el método de cascada a sus propias cadenas de suministro. Sin embargo, las cosas pueden salir mal aun cuando se cuente con buenos sistemas. Las buenas prácticas de la debida diligencia en materia de derechos humanos requieren obtener y ejercer influencia cuando la empresa identifica efectos adversos para los derechos humanos vinculados a sus operaciones, productos o servicios y ocasionados por una entidad con la que mantiene relaciones comerciales, por ejemplo, sociedades filiales, proveedores, compradores, distribuidores, Gobiernos o socios en empresas conjuntas.

54. El hecho de adquirir y ejercer influencia en las relaciones comerciales para poner fin o mitigar una violación de derechos humanos implica una serie de dilemas prácticos. Las experiencias sugieren que la influencia se puede ejercer de diversas maneras, con elementos tradicionales comerciales, como los contratos, o a través del compromiso unilateral o colectivo. La posibilidad de poner fin a ese compromiso es uno de los aspectos clave. Los Principios Rectores aclaran que, en última instancia, una relación comercial puede darse por terminada si las medidas tendientes a ejercer la influencia y hacer frente a los efectos negativos sobre los derechos humanos resultan infructuosas. Las prácticas emergentes sugieren que, cuando se inician nuevas relaciones comerciales, es más efectivo dejar en claro desde el comienzo que, si se detectan efectos adversos sobre los derechos humanos y no se solucionan, se considerará la posibilidad de poner fin a la relación. Al igual que con otras decisiones comerciales, el ejercicio de la diligencia debida en materia de derechos humanos en una posible desvinculación es otro³¹.

³⁰ Véase, por ejemplo, <http://www.responsiblebusiness.org/>.

³¹ Véase <https://www.somo.nl/should-i-stay-or-should-i-go-2/>.

5. Tratamiento de las cuestiones sistémicas

55. No es de esperar que las empresas comerciales resuelvan todos los problemas de desarrollo que enfrentan, pues no sería ni razonable ni posible, y tampoco está en la esencia de los Principios Rectores. Sin embargo, en la mayor medida de sus posibilidades, las empresas deben demostrar que ejercen la diligencia debida para resolver los efectos potenciales y reales relacionados con sus operaciones.

56. En los contextos complejos, para mitigar los efectos adversos en los derechos humanos, por lo general es necesario hacer un análisis de las causas fundamentales. Algunas plataformas empresariales indican que resolver esas causas es el próximo objetivo para las empresas, y que para hacerlo es necesario que las empresas trabajen en conjunto. El fortalecimiento de una influencia colectiva es el fundamento de toda una serie de iniciativas industriales y de múltiples interesados centradas en los efectos de las actividades empresariales en los derechos humanos. La pregunta sobre la eficacia de las iniciativas de múltiples interesados en la práctica es un tema recurrente³²; sin embargo, en general, es preciso fortalecer la alineación con los Principios Rectores, y los mecanismos de rendición de cuentas y reclamación.

57. La participación en esas iniciativas puede formar parte de un enfoque de diligencia debida en materia de derechos humanos, pero no modifica la responsabilidad de una empresa cuando ha causado o contribuido a causar los efectos adversos. Además, para que dicha participación sea parte del enfoque de diligencia debida, debería utilizarse para ganar influencia y subsanar los efectos adversos.

58. Los ejemplos más notables de colaboración y asociación entre partes interesadas que se ocupan de resolver cuestiones específicas y complejas en las cadenas de suministro, e incluyen mecanismos de la rendición de cuentas en el diseño, son el Acuerdo sobre Prevención de Incendios y Seguridad de Edificios en Bangladesh, elaborado para crear condiciones de trabajo seguras en el sector del vestido del país, y las iniciativas encaminadas a lograr salarios mínimos para los trabajadores de diversos sectores, por ejemplo, la Iniciativa Acción, Colaboración y Transformación³³ y Malawi Tea 2020³⁴. Otras asociaciones que se ocupan de cuestiones sistémicas incluyen las iniciativas encaminadas a lograr la contratación responsable de trabajadores migrantes³⁵, el acceso a las reparaciones para las víctimas del trabajo forzoso³⁶, la protección y el apoyo a los defensores de los derechos humanos a través de la colaboración de múltiples interesados³⁷, y el abastecimiento responsable de minerales que comprende la participación de inversores.

6. La debida diligencia en materia derechos humanos como punto de partida para contribuir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible

59. Las estrategias empresariales para contribuir a los Objetivos de Desarrollo Sostenible no son un sustituto de la diligencia debida en materia de derechos humanos. Por el contrario, cuando la diligencia debida en materia de derechos humanos es sólida, se promueve el desarrollo sostenible y se contribuye a él. Para las empresas, una forma extraordinaria de contribuir al desarrollo sostenible es la

³² Institute for Multi-Stakeholder Initiative (MSI): Integrity y Duke Human Rights Center del Kenan Institute for Ethics, *"The new regulators? Assessing the landscape of multi-stakeholder initiatives: findings from a database of transnational standard-setting multi-stakeholder initiatives"*, junio de 2017.

³³ Véase <https://actonlivingwages.com/>.

³⁴ Véase <http://www.malawitea2020.com/>.

³⁵ Véase, por ejemplo, <https://www.ihrb.org/employerpays/leadership-group-for-responsible-recruitment>.

³⁶ Véase <https://www.issarainstitute.org/>.

³⁷ Véase <https://www.creer-ihrb.org/lideresydefensores>.

incorporación del respeto por los derechos humanos en sus actividades y en todas sus cadenas de valor, subsanando los daños causados a las personas y centrándose en los efectos potenciales y reales, en lugar de comenzar por el otro extremo, donde existen las mayores oportunidades para la contribución positiva³⁸. En otras palabras, las empresas deben comprender y aceptar que el hecho de no causar efectos adversos es lo mínimo que se espera de ellas y una contribución positiva a los Objetivos.

60. Algunos dirigentes empresariales e inversores reconocen esa vinculación y, en ese sentido, hay varios estudios de caso en curso sobre cómo la aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas contribuye a los Objetivos³⁹. Esto constituye un buen punto de partida con miras a futuro.

C. Tratamiento de las deficiencias de gobernanza y del mercado

61. Las consultas realizadas para el presente informe revelaron que los dos factores más determinantes para que las empresas incorporen la diligencia debida en materia de derechos humanos son el Gobierno y la presión de los inversores; para algunos, otro de los factores es el vínculo con las crisis de derechos humanos.

62. Asimismo, la legislación, los incentivos económicos y el liderazgo del Estado —por ejemplo, mediante la contratación, el apoyo económico y la labor de las empresas estatales— se señalan como factores determinantes que proceden de la acción del Gobierno. Estos instrumentos deben fortalecerse para que las empresas en general puedan alcanzar un punto de inflexión y atender las deficiencias de gobernanza y del mercado que se destacan en el presente informe. La legislación y su aplicación adecuada, en consonancia con las normas internacionales, también contribuiría a la creación de reglas de juego uniformes y la aplicación de la buena gobernanza en general.

1. Medidas gubernamentales

63. Es tarea de los Gobiernos subsanar tanto las deficiencias de gobernanza como las del mercado. Como se aclara en los Principios Rectores, las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos incluyen la obligación de proteger a las personas contra las violaciones de los derechos humanos que cometen las empresas. Los Estados tienen una serie de instrumentos que pueden y deben usar: herramientas y marcos de política, legislación, reglamentación y resoluciones, así como diversos incentivos económicos, la prestación de orientación y la promoción del diálogo entre múltiples partes interesadas.

64. Uno de los aspectos fundamentales para el cumplimiento de esta obligación es el uso de instrumentos normativos. Las novedades recientes demuestran que esto es posible.

Refuerzo del cumplimiento de la obligación de proteger los derechos humanos

65. La necesidad de subsanar las deficiencias de los Estados anfitriones en el cumplimiento de su obligación de proteger los derechos humanos es una cuestión

³⁸ Véanse las 10 recomendaciones fundamentales del Grupo de Trabajo sobre la relación entre los Principios Rectores y los Objetivos, https://www.ohchr.org/InfoNote/WGBHR_SDGRecommendations.pdf. Org/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations.pdf. Véase también <https://www.business-humanrights.org/en/civil-society-urges-businesses-govts-to-put-human-rights-at-core-of-implementation-of-un-sustainable-development-goals#c162595>.

³⁹ Véase, por ejemplo, www.shiftproject.org/sdgs.

fundamental para hacer frente a las violaciones de derechos humanos que son consecuencia de las actividades de las empresas. La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos —incluidas las normas de la Organización Internacional del Trabajo— mediante una legislación coherente y la vigilancia de su cumplimiento reviste una importancia fundamental. La falta de capacidad y de instituciones eficaces es un grave problema que debe solucionarse, incluso con apoyo internacional. Sin embargo, muchas cosas se pueden lograr si existe la voluntad política de eliminar las prácticas que perjudican a las personas y socavan el desarrollo sostenible. Entre las novedades en materia de regulación positiva y política cabe mencionar⁴⁰:

a) El Programa de la República Democrática del Congo sobre la transparencia de la cadena de suministro de minerales procedentes de la minería artesanal⁴¹;

b) El Reglamento Ministerial núm. 2/2017, de Indonesia, en virtud del cual se creó un mecanismo de certificación para velar por que el sector pesquero quede libre de violaciones a los derechos humanos;⁴²

c) El respaldo del Gobierno de China a las iniciativas centradas en la industria para promover la diligencia debida en las cadenas de suministro, por ejemplo en los siguientes sectores: tecnología de la información y comunicaciones, aviación, minería, caucho natural y productos textiles y prendas de vestir⁴³.

66. Las acciones de esta índole deberían ampliarse. Además, se debería hacer un registro más sistemático y difundir ampliamente las lecciones aprendidas.

La creación de incentivos en materia de diligencia debida a través de la legislación

67. Las leyes ayudan a establecer expectativas claras para las empresas, y las recientes novedades en el ámbito jurídico contribuyen a la integración de las expectativas de diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos en la legislación nacional⁴⁴. La novedad más destacable es la ley aprobada en Francia en 2017, que impone a las empresas francesas con una plantilla superior a un determinado número la obligación de ejercer vigilancia a fin de prevenir daños al medio ambiente y a los derechos humanos causados por sus empresas filiales y mediante sus relaciones comerciales⁴⁵. Es la primera ley de su tipo; exige que las empresas de los distintos sectores elaboren y pongan en marcha un plan de vigilancia y expliquen de qué manera detectan, previenen y subsanan los efectos en los derechos

⁴⁰ Otro ejemplo es el de la “lista sucia” que introdujo y difundió Brasil; esta lista tiene el nombre de las empresas que usan mano de obra esclava en sus cadenas de suministro y a las cuales se les prohibió la celebración de contratos con el Gobierno y la prestación de servicios a este. No obstante, es necesario revitalizar la aplicación de la ley que en los últimos años se ha visto limitada. Véase el informe sobre la visita al país del Grupo de Trabajo, A/HRC/32/45/Add.1.

⁴¹ Véase <https://www.radiookapi.net/2017/06/20/actualite/economie/la-rdc-lance-son-initiative-pour-la-tracabilite-de-lor-artisanal-itoa>.

⁴² Véase <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/FIHRREST-Jan-2017.pdf>.

⁴³ Estas iniciativas fueron discutidas en el Foro sobre las Empresas y los Derechos Humanos (A/HRC/38/49). Véase también, por ejemplo, las Directrices sobre la Diligencia Debida para las Cadenas de Suministro Responsables en el Sector de los Minerales, en China y la iniciativa relativa a las cadenas de suministro del sector de prendas de vestir, <http://mneguidelines.oecd.org/entac-oecd-partner-to-strengthen-cooperation-textile-apparel-supply-chains.htm>.

⁴⁴ Una de las plataformas que hace el seguimiento de estas novedades es la plataforma de empresas y derechos humanos en la legislación. Sitio web <http://www.bhrinlaw.org/>

⁴⁵ Puede consultarse en <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte>.

humanos en sus operaciones mundiales. A pesar de sus limitaciones, incluido el hecho de que el número de empresas que abarca la ley es limitado, es un avance positivo del que otros Gobiernos deberían aprender. En Suiza, el Parlamento está examinando una iniciativa jurídica sobre la obligación de ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos en ese país. Si se aprobara, sería otro avance positivo.

68. Algunos reglamentos recientes de la Unión Europea también incluyen disposiciones relativas a la creación de incentivos para ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos, a saber:

a) Directiva relativa a la divulgación de información no financiera por parte de determinadas grandes empresas de la Unión Europea, que exige a las empresas comprendidas en la norma la difusión pública de sus políticas, procedimientos de diligencia debida, principales riesgos y gestión de esos riesgos, en particular los de derechos humanos;

b) Debida diligencia obligatoria para los importadores de minerales y metales de la Unión Europea, que exige la diligencia debida en materia de derechos humanos en consonancia con la Guía de debida diligencia de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales en las áreas de conflicto o de alto riesgo. El control del cumplimiento de la norma queda en manos de los Estados miembros de la Unión Europea.

69. El Gobierno de Alemania ha adoptado un enfoque interesante que conlleva la posibilidad de recurrir a las leyes si las empresas no adoptan medidas para cumplir con las expectativas dispuestas en los Principios Rectores. En su plan de acción nacional, el Gobierno se comprometió a estudiar la posibilidad de imponer requisitos obligatorios si, en 2020, al menos el 50 % de las empresas alemanas con más de 500 empleados no ha adoptado políticas y procesos para integrar la diligencia debida en materia de derechos humanos.

70. También se han producido algunas novedades jurídicas importantes con vistas a enfrentar las dificultades específicas del trabajo forzoso, la trata y el trabajo infantil tanto en las empresas como en las cadenas de suministro, a saber⁴⁶:

a) La Ley de Formas Contemporáneas de Esclavitud promulgada en 2015 en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte exige a las empresas que realizan negocios en el país, con un volumen anual de negocios de 36 millones de libras esterlinas o más, que informen de las medidas adoptadas para garantizar la inexistencia del trabajo forzoso y la trata en sus cadenas de suministro y sus propias actividades. A pesar de las importantes limitaciones, como la falta de sanciones, la imposibilidad de conectar el cumplimiento de la ley con la adjudicación de contratos de adquisiciones públicas y la inexistencia de un registro centralizado, la ley forma parte de los avances que se han hecho en esta materia;

b) Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California, de 2010, exige que las empresas afectadas que realicen actividades comerciales en California divulguen información sobre sus iniciativas para “erradicar la esclavitud y la trata de personas de sus cadenas de suministro directas de bienes tangibles ofrecidos para la venta”;

c) La Ley de Diligencia Debida en materia de Trabajo Infantil de los Países Bajos (pendiente de aprobación en el Senado y con entrada en vigor prevista para

⁴⁶ Estados Unidos ha dispuesto una herramienta jurídica diferente, la Ley de Facilitación y Control del Comercio de 2015, que permite a las autoridades aduaneras restringir la importación de mercancías producidas recurriendo al trabajo forzoso.

2020) exige a las empresas determinar si se utiliza el trabajo infantil en sus cadenas de suministro y formular un plan de acción para combatirlo.

71. En Australia se prevé la aprobación de una ley sobre esclavitud moderna por parte del Parlamento federal en el segundo semestre de 2018. Entre las principales características del proyecto de ley presentado por el Gobierno se incluyen requisitos obligatorios para las empresas de determinado tamaño de informar acerca de la gestión de riesgos de esclavitud moderna en sus operaciones y en las cadenas de suministro, y una propuesta en virtud de la cual el Gobierno debería dar el ejemplo y hacer pública una declaración anual consolidada sobre las contrataciones del Commonwealth. Un proyecto similar se aprobó, en 2018, en el estado de Nueva Gales del Sur.

72. Si bien es demasiado pronto para evaluar las repercusiones sobre el terreno de estos avances en materia jurídica detallados más arriba, hay dos efectos en particular que cabe destacar:

a) La legislación está ayudando a aumentar la conciencia sobre la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en el nivel de adopción de decisiones de las empresas. Con el requisito explícito de que los miembros de la Junta deben validar esas responsabilidades, la diligencia debida en materia de derechos humanos ha sido elevada a consideración en agenda de las juntas de gobierno y el poder ejecutivo, así como entre otras áreas importantes, como los departamentos jurídicos;

b) Si bien la legislación vigente solo se aplica directamente a las empresas más grandes, las obligaciones se han extendido en cascada a las cadenas de valor, por la presión entre las empresas. Algunos datos anecdóticos sugieren que esos hechos hacen que sea más fácil para las empresas abarcadas por la legislación plantear que es necesario impulsar la diligencia debida en materia de derechos humanos en asociaciones con entidades gubernamentales, como en empresas conjuntas y empresas estatales.

73. Cuando se examina la legislación o la divulgación sobre diligencia debida en materia de derechos humanos, lo más importante es basarse en los Principios Rectores y reducir al mínimo cualquier diferencia. Entre otros elementos para tomar en consideración al examinar esa normativa, cabe mencionar:

a) La divulgación de información significativa mediante la creación de incentivos para proporcionar información sobre los procesos para gestionar y afrontar los efectos reales y potenciales en los trabajadores y las comunidades⁴⁷;

b) Los procesos para hacer posible la transparencia y el seguimiento de la información que se ha divulgado;

c) La solidez del proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos por oposición a un enfoque formal, pues el objetivo final radica en la prevención y la aplicación;

d) La cobertura de la contratación pública, habida cuenta de la magnitud de las cadenas de suministro en las que participa el Gobierno en cualquier país;

e) El equilibrio adecuado entre las cuestiones de confidencialidad (en lo que respecta a consideraciones comerciales legítimas y las inquietudes en materia de seguridad de las partes interesadas) y la necesidad de una mayor transparencia,

⁴⁷ Para un análisis de las dificultades pendientes relacionadas con la divulgación obligatoria, véase el informe de Amnistía Internacional y del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, *Creating a Paradigm Shift: Legal Solutions to Improve Access to Remedy for Corporate Human Rights Abuse*.

revelando información suficiente para cumplir la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos;

f) Un uso específico y cuidadoso de los conceptos de responsabilidad civil causal que hacen un uso apropiado de las pruebas de la diligencia debida adecuada como posible defensa judicial para alentar los procesos sólidos de diligencia debida en materia de derechos humanos (véase A/HRC/38/20/Add.2).

74. Es posible que sea necesario adoptar medidas concretas para hacer frente a problemas específicos de derechos humanos, como el trabajo forzoso en las cadenas de suministro. Al mismo tiempo, los Gobiernos y las empresas deben asegurarse de no poner tanto énfasis en una dificultad en particular y que queden opacadas otras cuestiones importantes. Una normativa inteligente y eficaz⁴⁸ debe contemplar ciertos riesgos potenciales; en este sentido:

a) No solo debe abarcar a las empresas más grandes, ya que la responsabilidad de respetar los derechos humanos se aplica a las empresas de todos los tamaños; además, tanto las empresas grandes como las pequeñas pueden causar efectos adversos en los derechos humanos;

b) Debe evitar que las empresas incumplidoras queden libres de consecuencias, pues así se crea una carga injusta para las empresas que cumplen las expectativas: los dos elementos fundamentales son: por un lado, los Gobiernos deben hacer un seguimiento de todas las dificultades y, por el otro, las empresas que no cumplan deben sufrir consecuencias por dicho incumplimiento;

c) Debe evitar los enfoques demasiado rígidos y prescriptivos, que no tienen en cuenta que no existe una fórmula única aplicable a todas las situaciones;

d) Debe evitar la incoherencia normativa que atraviesa las jurisdicciones, dado que todas las novedades jurídicas dirigidas a promover la diligencia debida en materia de derechos humanos deberían estar en consonancia con los Principios Rectores. Los Gobiernos pioneros tienen una oportunidad de ejercer un papel de liderazgo en la acción colectiva y la coordinación de los esfuerzos en todas las jurisdicciones para velar por que las empresas cumplan expectativas unificadas. Esa coordinación es también importante a fin de promover condiciones equitativas para las empresas de jurisdicciones que imponen criterios más estrictos de diligencia debida en materia de derechos humanos, a los efectos de evitar los mecanismos de reducción del riesgo en que las empresas evitan invertir en contextos de alto riesgo.

75. Las medidas para promover mejores enfoques preventivos también deben estar acompañadas de avances jurídicos para fortalecer el acceso a vías de reparación a través de procedimientos de reclamación tanto judiciales como extrajudiciales, por ejemplo, mediante puntos de contacto nacionales⁴⁹. Esto contribuiría a mejorar los

⁴⁸ La European Coalition for Corporate Justice ha propuesto un conjunto de características fundamentales de la diligencia debida en materia de derechos humanos; véase <http://corporatejustice.org/news/6133-eccj-publishes-key-features-of-mandatory-human-rights-due-diligence-legislation?platform=hootsuite>.

⁴⁹ Véase el informe del Grupo de Trabajo A/72/162 y los informes del proyecto sobre rendición de cuentas y reparación del ACNUDH sobre el fortalecimiento de la eficacia de los mecanismos judiciales y no judiciales en los casos de participación de las empresas en violaciones de los derechos humanos, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/OHCHRaccountabilityandremedyproject.aspx>. En los siguientes informes, el ACNUDH destaca la necesidad de que los conceptos de debida diligencia en materia de derechos humanos se integren en forma adecuada en los regímenes de derecho interno pertinentes: A/HRC/32/19, A/HRC/32/19/Corr.1 and A/HRC/32/19/Add.1. En un informe de seguimiento (A/HRC/38/20/Add.2), el ACNUDH aclara que es posible formular regímenes jurídicos en los que el hecho de no proceder con diligencia debida en materia de

incentivos para ejercer adecuadamente la diligencia debida en materia de derechos humanos, ya que las empresas tendrían más en claro los costos de los efectos adversos en las personas.

76. Al fortalecer la conexión entre la diligencia debida en materia de derechos humanos y la responsabilidad jurídica, hay una serie de estrategias que los Estados pueden adoptar. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) subraya en un informe (A/HRC/38/20/Add.2) que los esfuerzos deberían basarse en objetivos de política claros, adoptando un enfoque cuidadoso que promueva incentivos a fin de que las empresas consoliden un proceso riguroso de diligencia debida, y logre un equilibrio “entre la certidumbre jurídica y la flexibilidad que se concede a las empresas para elaborar sus propios procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos”. En el informe también se pone de relieve que es necesario mejorar la capacidad de los jueces a fin de que apliquen, en forma más amplia y eficaz, los conceptos de diligencia debida en materia de derechos humanos en las determinaciones de responsabilidad, como en los casos de responsabilidad extracontractual; esto representaría un incentivo sumamente atractivo para que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos en la forma apropiada.

77. Las empresas y las asociaciones empresariales han hecho hincapié en las limitaciones que se encuentran al formular la normativa de diligencia debida en materia de derechos humanos⁵⁰. Si bien estas preocupaciones son legítimas, persiste la necesidad imperiosa de que los Gobiernos adopten medidas para subsanar las deficiencias de gobernanza, incluso por conducto de acciones legales. Al examinar los enfoques más eficaces, los Estados pueden aprender de las iniciativas legislativas y de cumplimiento de la ley en otros ámbitos, por ejemplo, en el contexto de la protección contra los delitos medioambientales y el soborno (véase el informe del Grupo de Trabajo A/HRC/35/33), donde las empresas han podido adaptarse a la aplicación de las leyes relacionadas con la responsabilidad empresarial. Por lo general, los actores empresariales no se oponen a la legislación cuando contribuye a crear condiciones equitativas y ofrece previsibilidad.

78. Si bien es necesario consolidar y ampliar los avances legislativos, hay límites en cuanto a lo que las leyes por sí solas pueden lograr a corto plazo. Es preciso examinar otros enfoques en forma simultánea.

Potenciar la función del Estado como actor económico

79. El Principio Rector 4 deja en claro qué se espera de los Estados: “adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo, en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos”.

80. El Grupo de Trabajo ha examinado las prácticas y las perspectivas futuras en este ámbito en los informes anteriores. En su informe sobre las empresas estatales (A/HRC/32/45), el Grupo de Trabajo destacó las buenas prácticas de algunos gobiernos y empresas estatales y exhortó a estas últimas a dar el ejemplo. Sobre la base de los modelos de buenas prácticas, los Gobiernos deberían exigir a las empresas estatales que procedan con la debida diligencia en materia de derechos humanos en sus propias operaciones y exijan lo mismo a sus socios comerciales, tanto en el país

derechos humanos constituye el fundamento para entablar acciones judiciales sin necesidad de demostrar que el daño se debió a la falta de diligencia debida.

⁵⁰ Véase el documento preparado por la Organización Internacional de Empleadores, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WGSubmissions/2018/IOE.pdf>.

como en el extranjero. Como parte de esos esfuerzos, los Gobiernos deberían exigir la preparación sistemática de informes cabales sobre factores ambientales, sociales y de gobernanza que incluyan los derechos humanos, basándose en los nuevos requisitos previstos para la preparación de informes ambientales, sociales, de gobernanza y derechos humanos que ya están apareciendo en las distintas jurisdicciones.

81. Como se destaca en el informe del Grupo de Trabajo presentado al Consejo de Derechos Humanos en su trigésimo octavo período de sesiones (A/HRC/38/48), los Estados también pueden utilizar incentivos económicos para impulsar la aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos. Debería preverse que el apoyo del Gobierno para el comercio y la inversión, como los créditos a la exportación, estén condicionados al respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Además de los créditos a la exportación, los Estados prestan muchos otros servicios a las empresas que desean exportar, como la participación en misiones con fines comerciales, la promoción de las actividades comerciales, la orientación general sobre la exportación a mercados extranjeros, los servicios de las embajadas en mercados extranjeros, la capacitación y otros recursos. El Grupo de Trabajo definió prácticas emergentes en este ámbito, pero subrayó que debe hacerse mucho más. Las prácticas actuales demuestran que, en esta área, con voluntad política, podrían lograrse progresos a corto plazo.

82. El principio rector 6 aclara que los Estados también deben “promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales”, especialmente a través de sus actividades de adquisición. Habida cuenta de la magnitud de la contratación pública, constituye uno de los medios más importantes para que los Estados cumplan su deber de proteger los derechos humanos en un contexto empresarial creando incentivos para ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos mediante la concesión de contratos públicos. A pesar de la lentitud de los progresos generales y la necesidad de llevar a cabo reformas jurídicas y fortalecer la coherencia de las políticas en general, las buenas prácticas están surgiendo⁵¹.

83. Los Estados deben unirse y fortalecer la colaboración y la convergencia en este ámbito. Por ejemplo, en su recomendación de 2016 sobre los derechos humanos y las empresas, el Consejo de Europa reconoció esta necesidad, al instar a los Estados miembros a promover la debida diligencia en materia de derechos humanos cuando los Estados poseen o controlan las empresas comerciales, conceden apoyo sustancial y prestan servicios a empresas comerciales, o realizan transacciones con ellas. La recomendación también instó a los Estados miembros a “prever las consecuencias adecuadas en caso de que se vulneren los derechos humanos”⁵².

Promoción de la coherencia de las políticas, la orientación y los enfoques de colaboración

84. Además de las medidas de derecho público y administrativas, hay una serie de instrumentos de política que los Estados deben usar. Las principales funciones de la acción del Estado para lograr una mayor incorporación de la diligencia debida en materia de derechos humanos en la práctica empresarial son las siguientes:

⁵¹ Véase, por ejemplo, The International Learning Lab on Public Procurement and Human Rights, <http://www.hrprocurementlab.org/>. Un ejemplo relacionado con el uso de sanciones es el organismo de contrataciones públicas de Chile (ChileCompra), que prohíbe a las empresas condenadas por prácticas antisindicales hacer negocios con entidades públicas: <http://www.chilecompra.cl/category/centro-de-documentacion/normativa/proveedores-inhabilitados-para-contratar/>.

⁵² Véase <https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7302-human-rights-and-business-recommendation-cmrec20163-of-the-committee-of-ministers-to-member-states.html>.

a) Garantizar la coherencia normativa. La falta de coherencia normativa entre los departamentos y organismos gubernamentales que determinan las prácticas empresariales y las obligaciones de derechos humanos del Estado constituye una importante deficiencia. Sin embargo, un buen punto de partida es que la mayoría de los Gobiernos reconoce cada vez más esta situación, que se refleja en el número creciente de planes de acción nacional. Poner fin a la falta de coherencia de las políticas debería ser una cuestión fundamental en la puesta en práctica de los planes de acción existentes; esto debe tomarse en cuenta para la próxima generación de planes. Los puntos de acción principales deberían estar dirigidos a que los Gobiernos den el ejemplo en diligencia debida en materia de derechos humanos y resuelvan las cuestiones señaladas en el presente informe para avanzar en la incorporación de la diligencia debida en materia de derechos humanos a las prácticas comerciales más generales.

b) Ofrecer orientación. Los Estados deben desempeñar un papel destacado en la adaptación de las pautas internacionales en materia de diligencia debida internacional al idioma nacional y proporcionar orientación conforme al contexto local. En un contexto de los mercados emergentes, por ejemplo, el Gobierno de China está respaldando varias iniciativas centradas en promover la debida diligencia en las cadenas de suministro. Los gobiernos y los organismos públicos también pueden ofrecer orientación a las juntas directivas sobre sus responsabilidades en materia de derechos humanos⁵³. Además, los Estados deben desempeñar un papel activo en el apoyo a la elaboración de orientaciones para las pequeñas y medianas empresas sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos que necesitan incorporar;

c) Propiciar el aprendizaje entre pares y las plataformas de múltiples interesados para la diligencia debida en materia de derechos humanos. En los planes de acción nacional, los procesos que involucran a las partes interesadas pertinentes —en particular las comunidades y los trabajadores afectados, los defensores de los derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil, y las asociaciones y empresas comerciales— ofrecen plataformas para el diálogo nacional sobre los riesgos para los derechos humanos vinculados a las actividades de las empresas, y métodos para fortalecer la diligencia debida en materia de derechos humanos en general. A fin de facilitar la sensibilización y una mayor comprensión de los riesgos en materia de derechos humanos que enfrentan determinados sectores, los gobiernos deben también prestar apoyo a las plataformas sectoriales. Por ejemplo, en los Países Bajos, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Asuntos Económicos y Política Climática facilitó un proceso encaminado a incluir la participación de los sectores empresariales holandeses en la elaboración de convenios sectoriales centrados en los riesgos de “responsabilidad social empresarial” que afectan a las empresas que operan a nivel internacional⁵⁴. Hasta la fecha, los convenios —que han sido firmados por empresas de distintos sectores, como el del vestido y textil, el bancario, el del oro, el de productos alimenticios y el de seguros— han sido elaborados a partir de un diálogo entre múltiples partes interesadas en el que participaron las asociaciones del sector, las empresas miembros, el Gobierno, los sindicatos y las organizaciones de la sociedad civil. Si bien la evaluación de los acuerdos de los Países Bajos todavía está pendiente, el enfoque global es innovador y merece un análisis más profundo. Los factores decisivos para el éxito son, entre otros, la evaluación comparativa con los Principios Rectores, las negociaciones entre múltiples interesados para ayudar a crear un amplio entendimiento de los Principios Rectores en la práctica, los recursos para

⁵³ Un ejemplo de ello es la Guía de la Comisión para la Igualdad y los Derechos Humanos del Reino Unido, que contiene cinco medidas que las juntas directivas deberían seguir para comprobar si sus empresas se ocupan de los efectos en los derechos humanos: https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/business_and_human_rights_web.pdf.

⁵⁴ Véase https://www.imvoconvenanten.nl/?sc_lang=en.

el fomento de la capacidad, los mecanismos de seguimiento y rendición de cuentas, y un enfoque de incentivos para incluir a las empresas que en un principio desconocen o no quieren cumplir con la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos. A fin de hacer frente a este último aspecto, los Gobiernos pueden desempeñar un papel más firme para impulsar la colaboración de las organizaciones nacionales de empleadores y de las asociaciones nacionales industriales y sectoriales.

2. Influencia de los inversores

85. Los inversores pueden desempeñar un papel importante cuando se busca impulsar una incorporación más amplia de los enfoques de diligencia debida en materia de derechos humanos; a estos efectos, podrán fijar expectativas e interactuar con las juntas directivas y los altos ejecutivos de las empresas en las que invierten.

86. Cada vez con más frecuencia, los inversores hacen preguntas sobre políticas de derechos humanos y la diligencia debida en materia de derechos humanos en consonancia con los Principios Rectores. Esta práctica ha traspasado el círculo de los inversores socialmente responsables para integrarse a una tendencia más amplia encaminada a centrar más atención en la gestión de los efectos sociales de las empresas y la integración de las consideraciones ambientales, sociales y de gobernanza en la adopción de decisiones de inversión. Cada vez se reconoce más que la diligencia debida adecuada en materia de derechos humanos y la integración de los riesgos de derechos humanos mejoran la gestión de los riesgos en general, y son beneficiosas tanto para las personas como para las inversiones.

87. Este es un avance positivo, y el Grupo de Trabajo se siente alentado por los esfuerzos de iniciativas como la Alianza de los Inversores para los Derechos Humanos, una plataforma de acción colectiva que conecta a los inversores institucionales, que representan 2 billones de dólares, con instrumentos y estrategias para promover el respeto empresarial de los derechos humanos⁵⁵. El Grupo de Trabajo también se siente alentado por la armonización de los Principios para la Inversión Responsable con los Principios Rectores, que se utilizan en los primeros como un marco de colaboración. Por ejemplo, los Principios para la Inversión Responsable señalan en un informe que, cuando se contacta a las empresas del sector extractivo, “conviene apuntar a las buenas prácticas en los ámbitos de la gobernanza e incorporar los derechos humanos, la evaluación de riesgo de derechos humanos, la colaboración de los interesados y los mecanismos de reclamación. Todos forman parte cada vez más de lo que constituye una buena práctica común del sector extractivo”⁵⁶.

88. Los Principios para la Inversión Responsable y los inversores han señalado también que el Marco para la Presentación de Informes de los Principios Rectores es un instrumento útil que permite a los inversores evaluar mejor cuánto entienden las empresas de los efectos adversos en los derechos humanos y cómo los gestionan.

89. Cada vez son más los inversores que reconocen acertadamente su propia responsabilidad de respetar los derechos humanos. Al igual que sucede con otros negocios, los inversores pueden causar o contribuir a causar efectos adversos, y pueden estar conectados a una gran cantidad de efectos adversos en los derechos humanos a partir de sus inversiones en empresas de diferentes industrias o sectores y regiones. Los Principios Rectores aclaran que los inversores, como parte de sus propias medidas de diligencia debida en materia de derechos humanos, deberían

⁵⁵ Para consultar la reseña general y cómo los inversores encaran el tema de los derechos humanos, véase

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WGSubmissions/2018/InvestorAlliance.pdf>.

⁵⁶ Principles for Responsible Investment, “Human rights and the extractive industry: why engage, who to engage, how to engage”, 2018.

utilizar su influencia para tratar de prevenir y mitigar los efectos negativos potenciales y reales.

90. Las iniciativas para ayudar a los inversores a evaluar el desempeño de las empresas⁵⁷ en materia de derechos humanos e integrar los estudios de derechos humanos en las evaluaciones que realizan los organismos que califican los factores ambientales, sociales, de gobernanza y sostenibilidad, contribuyen a dar impulso a esta tendencia. Con miras al futuro, el Grupo de Trabajo alienta a que prosigan los esfuerzos a fin de:

a) Ampliar la integración de la gestión de los riesgos y la participación en el proceso de adopción de decisiones de inversión y en las evaluaciones ambientales, sociales y de gobernanza, tomando como base el impulso reciente de la integración de la gestión de riesgos ambientales en las prácticas de inversión, lo cual ha ocurrido con mucha más rapidez⁵⁸;

b) Aprovechar el impulso generado por el aumento de los requisitos ambientales, sociales y de gobernanza establecido por las bolsas de valores, en diversas jurisdicciones, en particular en los mercados emergentes,⁵⁹ para incorporar sistemáticamente la diligencia debida en materia de derechos humanos como parte de esos requisitos. La Iniciativa de Bolsas de Valores Sostenibles puede desempeñar un papel fundamental en dichos esfuerzos;

c) Recabar la participación de inversores y las bolsas de valores en los procesos de los planes de acción nacionales;

d) Promover sistemáticamente los Principios Rectores como norma acordada a nivel mundial a fin de complementar las directrices de la OCDE sobre conducta empresarial responsable para inversores institucionales;

e) Promover la coordinación y el entendimiento común entre los inversores, las agencias de calificación crediticia y los investigadores de cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza, con vistas a elaborar enfoques más coherentes que: a) permitan un mejor entendimiento del modo en que las empresas comerciales gestionan, en la práctica, los efectos en los derechos humanos en la práctica, y b) impulsen un proceso de diligencia debida más efectivo, en lugar de aplicar enfoques meramente formales y respuestas vacías de contenido ;

f) Difundir entre los inversores el concepto de que el propósito de la gestión de riesgos en materia de derechos humanos es prevenir y subsanar los riesgos para las personas, no para la inversión.

91. Los progresos en esta esfera también deben estar respaldados por los esfuerzos para elaborar mejores parámetros e indicadores de evaluación del desempeño de la diligencia debida en materia de derechos humanos. El Grupo de Trabajo acoge con satisfacción los esfuerzos que se están realizando para hacer frente a este problema, entre ellos:

a) La labor de la Iniciativa Mundial de Presentación de Informes para asegurar su armonización con los Principios Rectores; esto incluye, en los últimos años, el cambio de la definición de materialidad a fin de incorporar el concepto de efectos y lograr armonizarlo con los Principios. La Iniciativa ha creado un comité técnico sobre la divulgación de información en materia de derechos humanos, con el objetivo de evaluar si es posible una armonización mayor; por ejemplo, la mejor

⁵⁷ Véase, por ejemplo, el índice empresarial sobre derechos humanos y el Marco de Presentación de Informes sobre los Principios.

⁵⁸ Véase <https://www.unpri.org/academic-research/a-just-transition-integrating-the-social-dimension-into-climate-strategies/3202.article>.

⁵⁹ Véase https://www.shiftproject.org/media/resources/docs/Shift_updatecorplawproject_2013.pdf.

forma de informar sobre los enfoques de gestión respecto de la diligencia debida. Dado que la Iniciativa provee el marco para la presentación de informes más difundido fuera del ámbito financiero, este proceso tiene un gran potencial;

b) La labor tendiente a explorar la estrecha relación entre la presentación de informes integrados y la presentación de informes en consonancia con los Principios Rectores⁶⁰;

c) Un proyecto de la organización sin fines de lucro Shift, en asociación con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Pretoria, la red de responsabilidad social de las empresas de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN CSR), y el Polish Institute for Human Rights and Business, con el fin de idear mejores formas de utilizar la información, los parámetros y los indicadores para evaluar el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas.

V. Conclusiones y recomendaciones

A. Conclusiones

92. **La diligencia debida en materia de derechos humanos en las empresas se ha transformado en la norma de conducta esperada para todas las empresas comerciales. Un pequeño grupo de entidades pioneras van abriendo el camino y aparecen nuevas prácticas. No obstante, aún se necesita hacer considerables esfuerzos, pues la mayoría de las empresas del mundo siguen sin conocer, sin tener capacidad o sin mostrar voluntad para aplicar la diligencia debida en materia de derechos humanos, tal como deben hacerlo para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Con vistas al futuro, la principal dificultad es ampliar la escala de las buenas prácticas emergentes y a la vez sortear las brechas y los obstáculos que subsisten. Para ello, será preciso el esfuerzo concertado de todas las partes. Los datos disponibles que revelan cuáles son los principales impulsores del cambio en las prácticas empresariales —más allá de los pioneros— sugieren que los inversores y los Gobiernos cumplen un papel fundamental. En el caso particular de los Gobiernos, encarar y subsanar las deficiencias de mercado y gobernanza son aspectos inherentes a sus obligaciones.**

B. Recomendaciones

93. **El Grupo de Trabajo recomienda que los Estados utilicen todos los instrumentos a su alcance para subsanar las deficiencias de mercado y las brechas de gobernanza a fin de impulsar la diligencia debida en materia de derechos humanos como parte de las prácticas empresariales habituales y velar por su armonización con los Principios Rectores; esto implica, por ejemplo:**

a) **Utilizar la legislación con el objeto de crear incentivos para el ejercicio de la diligencia debida —entre otros, a través de requisitos obligatorios—, teniendo a la vez en cuenta elementos que permitan impulsar una aplicación eficaz por parte de las empresas y promover reglas de juego uniformes;**

b) **Utilizar el papel que cumplen como actores económicos para promover la diligencia debida en materia de derechos humanos, por ejemplo, incorporando la diligencia debida en la materia a las operaciones de las empresas y los**

⁶⁰ Véase <https://www.ungpreporting.org/resources/the-ungp-reporting-framework-and-integrated-reporting/>.

organismos estatales que promueven el comercio y la inversión, y a la contratación pública;

c) Promover una mayor coherencia dentro de los Gobiernos en materia de políticas y, a ese efecto, adoptar planes de acción nacionales sobre las empresas y los derechos humanos o fortalecer su ejecución;

d) Proveer orientación a las empresas —incluidas las pequeñas y medianas— sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos, adaptándola a los contextos locales;

e) Actuar como facilitadores de plataformas de múltiples interesados con vistas a promover el diálogo sobre los riesgos para los derechos humanos que se relacionan con la empresa y las formas de afrontarlos, y a fortalecer la vigilancia y la rendición de cuentas, entre otros, en el contexto de cada sector.

94. El Grupo de Trabajo recomienda que las empresas comerciales:

a) Si ya han adoptado políticas y procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos basados en los Principios Rectores, continúen en ese camino y procuren enriquecer constantemente los enfoques interactuando con las partes interesadas afectadas, las organizaciones de la sociedad civil, las entidades defensoras de los derechos humanos y los sindicatos, y manejándose con transparencia respecto de la gestión de los efectos potenciales y reales;

b) Si aún no han aplicado enfoques relativos a la diligencia debida en materia de derechos humanos, sencillamente empiecen, por ejemplo, evaluando sus efectos potenciales y reales en los derechos humanos; evaluando qué procesos existentes no están a la altura de los requisitos, y creando un plan de acción a fin de establecer procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos para sus propias actividades y cadenas de valor en consonancia con los Principios Rectores, lo que incluye el aprendizaje de las buenas prácticas emergentes en su propio sector y otros;

c) Contemplan enfoques que les permitan hacer uso de su influencia colectiva, en especial cuando enfrenten cuestiones de derechos humanos de naturaleza sistémica.

95. El Grupo de Trabajo recomienda que las entidades de la comunidad inversora apliquen la diligencia debida en materia de derechos humanos como parte de su propia responsabilidad a la luz de los Principios Rectores; que exijan más sistemáticamente el ejercicio de la diligencia debida en materia de derechos humanos a las empresas en las que invierten; y que coordinen con otras organizaciones y plataformas a fin de lograr coherencia y una interacción significativa con las empresas.