



Revista

Real PENAL

MÉXICO

25

julio • diciembre • 2024

ISSN 2007-4700 • e-ISSN en trámite

• SEGUNDA ÉPOCA •

Diligencia debida, cadenas de actividad y sostenibilidad

• **Ana Isabel Pérez Cepeda** •
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca
cepeda@usal.es

Resumen: La diligencia debida ha emergido como obligación de prevenir, mitigar y reparar de las grandes empresas en su cadena de actividades cuando se producen efectos adversos sobre los derechos humanos, laborales y medioambientales, sustituyendo a la responsabilidad social voluntaria. El análisis de los diferentes instrumentos internacionales, regionales y nacionales nos desvelará su vigencia, alcance y responsabilidad por su incumplimiento.

Palabras clave: plutofilia, internacional, deberes de diligencia, responsabilidad de las empresas, derechos humanos.

Abstract: Due diligence has emerged as an obligation to prevent, mitigate and repair large companies with respect to their chain of activities when adverse effects on human, labor and environmental rights occur, replacing voluntary social responsibility. The analysis of the different international, regional and national instruments will reveal their validity, scope and responsibility for non-compliance.

Key words: plutophilia, international, duties of diligence, liability of companies, human rights.

Fecha de recepción

04-06-2024

Fecha de aceptación

13-06-2024

Sumario:

1. Introducción: de la plutofilia a la diligencia debida
2. Instrumentos internacionales: el tortuoso camino hacia un tratado internacional vinculante
3. La diligencia debida en el ámbito estatal: una asignatura pendiente
4. Normativa europea: especial referencia a la futura directiva; diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD)
5. Conclusión
6. Bibliografía

1. Introducción: de la plutofilia a la diligencia debida

La globalización en su tercera fase, con una crisis e intento de vuelta al proteccionismo, en su amplio alcance, ha sido el catalizador de la expansión de las prácticas capitalistas más allá de las fronteras nacionales, otorgando a las empresas transnacionales (en adelante ETN) un papel de relevancia en las economías locales, regionales y globales. Anclados en este contexto, las ETN guiadas por la búsqueda de beneficios y expansión global, a menudo operan en entornos donde los derechos humanos son vulnerados de manera sistemática (Arenal Lora, M. L., 2018). El modelo productivo y las actividades empresariales llevadas a cabo a través de las extensas cadenas de actividad globales han permitido maximizar el potencial de lucro, pero también han dado lugar al encubrimiento de delitos de mercado verdaderamente perniciosos y perjudiciales para los derechos humanos, especialmente en los países periféricos. Esto puede incluir supuestos de explotación laboral, degradación ambiental, desplazamiento de comunidades locales y discriminación, entre otros. Algunos casos como la industrial de la Union Carbide en Bhopal (India); los vertidos de petróleo de Texaco en la Amazonía de Ecuador; más recientemente, Repsol en Perú; Marina y Vale en Brasil; así como Plaza Rana en Bangladés, no deberían repetirse.¹ Sin embargo, debido a

¹ Ha habido denuncias de trabajo esclavo, trata de personas y/o explotación infantil que involucran a famosas empresas transnacionales, según lo informado por las noticias sobre la esclavitud en las plantaciones de café en Minas Gerais, Brasil, implicando direc-

su poder económico y su influencia en la política y la legislación estas empresas pueden evadir o minimizar su responsabilidad en relación con estas violaciones de derechos humanos, laborales y medioambientales.

Estas prácticas pueden enmarcarse dentro de lo que denominamos plutofilia² (Terradillos Basoco, J. M., 2020) entendida, en este caso, como una inclinación o preferencia hacia los intereses de las élites económicas y corporativas. Las empresas transnacionales, debido a su poder económico y capacidad de influencia, ejercen presión y condicionan el marco normativo tanto a nivel nacional como internacional que favorezcan sus intereses comerciales y protejan sus inversiones, incluso a expensas de los derechos humanos y el bienestar de las comunidades afectadas. Asimismo, la plutofilia influye en la impunidad de las empresas transnacionales ante la falta de transparencia en sus actividades y

la explotación de vacíos legales o la debilidad de los sistemas de justicia en determinados países. Su poder económico les permite contratar equipos legales y utilizar mecanismos de resolución de disputas que les brindan una ventaja significativa sobre las víctimas y las comunidades afectadas (Pérez Cepeda, A. I., 2019, pág., 265 y ss.). En suma, a través de prácticas como el *lobby*, la presión política y el uso de sistemas de arbitraje privados, estas empresas pueden socavar los esfuerzos por establecer estándares internacionales más sólidos y vinculantes en materia de derechos humanos y responsabilidad corporativa.

Los problemas legales que surgen están vinculados a las estructuras complejas de las ETN y la deslocalización de su cadena de actividad, dado que la matriz y sus filiales tienen personalidad legal diferenciada y existen las lagunas en materia de jurisdicción, lo que comporta que la matriz no suele ser responsable de los incumplimientos legales de una filial extranjera. Con el fin de evitar la impunidad de las ETN, que desarrollan su actividad a través de las cadenas de actividades y sus socios comerciales, que violan derechos humanos, laborales y medioambientales se ha dado un paso más allá de la responsabilidad social corporativa voluntaria a la exigencia de un deber de diligencia debida que trata de promover la responsabilidad empresarial y proteger los intereses de todas las partes involucradas, incluidos los trabajadores, las comunidades locales, el medio ambiente y los accionistas. Este deber implica que las empresas tienen que tomar medidas razonables para prevenir, mitigar y reparar cualquier daño que puedan causar en el ejercicio de sus actividades comerciales a los derechos humanos, laborales y medioambientales. La diligencia debida ayuda a las empresas a identificar y gestionar los riesgos asociados con sus actividades comerciales, lo que pue-

ta o indirectamente a Nestlé, Jacobs Douwe Egberts, McDonald's, Dunkin 'Donuts, Starbucks e Illy; las múltiples infracciones comprobadas llevadas a cabo por la empresa Zara y también por otras marcas de la industria textil como M. Officer, Gregory, Le Lis Blanc, Animale, Brookfield, Forever, Aeropostale, Toys 'R' Us, e Urban Outfitters; la imposición de trabajo forzoso a inmigrantes que implican a Coca-Cola en Rosarno, Calabria, Italia; y tantos abusos denunciados sobre China, por ejemplo, para la fabricación de productos famosos subcontratados por gigantes del sector tecnológico, incluidas las marcas Microsoft, HP, Nokia, Xbox e Apple, así como de varios otros sectores

2 Texto elaborado en el marco del Proyecto de Investigación-Programa I+D+I orientada a los retos de la sociedad: Análisis crítico del derecho penal de la plutofilia (PLUTOPE-NAL), PID2022-142211NB-C21.

de incluir riesgos legales, financieros, operativos, reputacionales y de otro tipo. También al exigir a las empresas que sean diligentes en sus operaciones, se promueve una mayor transparencia y se facilita la rendición de cuentas tanto a nivel interno como externo. Con ello, se pretende que también las empresas con cadenas de actividad y socios comerciales operen de manera ética, responsable y sostenible, contribuyendo así al desarrollo y al bienestar de la sociedad en su conjunto.

Como ha señalado Demetrio Crespo (2018, pág. 23), las vulneraciones masivas de los derechos humanos por parte de empresas multinacionales no pueden ni deben quedar sin respuesta. Sin embargo, este camino no está siendo pacífico, no existe en derecho internacional una aceptación general de la responsabilidad de las empresas transnacionales. Las empresas en este ámbito solo tienen derechos y exiguas obligaciones, no son sujetos de derecho internacional. En las siguientes páginas trataremos de desvelar los avances y trabas que está habiendo en el ámbito internacional, regional y nacional para configurar un deber diligencia, cuyo incumplimiento pueda conllevar una responsabilidad administrativa y civil. También podría haber abierto la puerta a una responsabilidad penal de la empresa matriz y administradores, aunque parece que al menos en la Unión Europea (UE) después de la aprobación de la Directiva relativa a la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD) no es la política criminal marcada.

2. Instrumentos internacionales: el tortuoso camino hacia un tratado internacional vinculante

Los instrumentos que componen la denominada “Carta Internacional de los Derechos

Humanos” (la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, y sus respectivos Protocolos Facultativos) contienen obligaciones que van dirigidas a los Estados, no a las ETN. A pesar de ello, en el seno de la ONU, las primeras iniciativas para regular un código de conducta para empresas que estableciera obligaciones e instrumentos de control llegaron con la creación en 1974 de la Comisión y el Centro de Empresas Transnacionales, dentro del Consejo Económico y Social (ECOSOC). La falta de acuerdos y la existencia de intereses contrapuestos provocó que, tras más de una década de negociaciones, la iniciativa fracasase. Mas tarde, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en el año 2003, elaboró unas “Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos” (U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003), sin embargo, tampoco se logró que fueran aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos.

Estos intentos frustrados son el antecedente del instrumento hasta ahora más importante en el ámbito internacional: los Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos para “proteger, respetar y remediar” desarrollados por John Ruggie, el exrepresentante especial del secretario general de las Naciones Unidas, que fueron mediante la Resolución de 6 de julio de 2011 aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (A/HRC/RES/17/4, 17º Período de sesiones). Estos principios establecen un programa que se basaba en tres pilares:

1. Proteger: Los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos de cualquier violación por

parte de terceros, incluyendo las empresas, estando obligados a promulgar leyes y políticas que promuevan y protejan los derechos humanos, garantizando que las empresas respeten estos derechos en sus operaciones.

2. Respetar: Las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, al menos como mínimo los recogidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en todas sus operaciones. La expectativa de un comportamiento responsable conlleva que las empresas procedan con la “debida diligencia” con el fin de identificar, prevenir y mitigar las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar (Principio 15). Pero, no exige que los Estados establezcan una responsabilidad, mediante sanciones, cuando el proceso de diligencia debida no se ha adoptado o no se ha desarrollado de forma correcta, causando impactos negativos en los derechos humanos, que estén directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos directamente.

3. Remediar: Se debe contar con los recursos adecuados para hacer frente a la necesidad de un mayor acceso por parte de las víctimas a las vías de recurso, judiciales y extrajudiciales. Las empresas deben proporcionar remedios efectivos para las personas y comunidades afectadas por violaciones de derechos humanos que se produzcan en el contexto de sus operaciones. Esto incluye compensación por daños y perjuicios, restitución y garantías de no repetición. Ahora bien, los principios rectores no establecen las vías de recurso para hacer efectivo el derecho a ser indemnizado, tampoco solucionan el problema de la extraterritorialidad, limitándose a describir los distintos enfoques que

de forma unilateral están adoptando cada uno de los Estados (Esteve-Moltó, J. E., 2011, págs. 317-351).

Puede constarse cómo los Principios rectores se basan en el compromiso político y la debida diligencia, como proceso interno voluntario preventivo que llevarán a cabo las empresas, y es preventivo porque si lo incumplen, en ningún momento se menciona la posibilidad de establecer mecanismos externos por la propia ONU para verificar si esa debida diligencia es un hecho. No obstante, tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el deber de diligencia de las empresas en relación con los derechos humanos plasmados en los Principios Rectores [STCIDH 31 de agosto de 2021, Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras; STCIDH 1 de octubre de 2021, Caso Vera Rojas y otros vs. Chile y STCIDH 27 de noviembre de 2023, Caso habitantes de La Oroya vs. Perú].

Existen otros instrumentos internacionales que establecen estándares para la protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial y que tienen como objetivo promover y garantizar los mismos en sus operaciones. Entre ellos destacamos que, los países adheridos se comprometen a promover y aplicar las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales (OCDE, 2013, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales). Estas directrices son un conjunto de principios voluntarios y no vinculantes que proporcionan orientación a las empresas multinacionales en áreas como los derechos humanos, el medio ambiente, la lucha contra la corrupción y las prácticas empresariales responsables. Las directrices se revisan periódicamente y se actualizaron por última vez en 2023 (OECD, 2023), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinaciona-

les sobre Conducta Empresarial Responsable, (OECD, 2011 *Publishing*, París). Establece nuevas recomendaciones en áreas como el cambio climático, la biodiversidad, la tecnología, la integridad empresarial y la debida diligencia en las cadenas de suministro. También regula un mecanismo de denuncia en el que cualquier persona o grupo puede presentar una queja formal contra una empresa multinacional que considere que ha incumplido las directrices. Estas quejas se revisan por un Punto de Contacto Nacional designado por cada país adherido a las directrices de la OCDE, cuyo procedimiento de implementación ha sido desarrollado en la última revisión.

Además, a partir de las Líneas Directrices, la OCDE ha desarrollado unas guías de debida diligencia o *due diligence*, la última publicada en 2018 (OCDE, 2018), *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, encaminadas a que las empresas integren la responsabilidad social corporativa dentro de su actividad y así evitar que causen impactos negativos comerciales. En esta línea se han desarrollado una serie de guías sectoriales que abarcan áreas como las cadenas de suministros responsables de minerales que provengan de áreas de conflicto o de alto riesgo; empresas que operan en el sector agrícola, textil y de calzado; industrias extractivas y en el sector financiero que son una serie de manuales prácticos. En términos generales, el proceso de diligencia debida del OCDE comprende incorporar la conducta empresarial responsable a las políticas y medidas de gestión; identificar y evaluar los impactos negativos en las operaciones, cadenas de suministro y relaciones comerciales; detener, prevenir o mitigar los impactos negativos; hacer un seguimiento de la implementación y los resultados; informar cómo se abordan los impactos y por último,

reparar o colaborar en la reparación del impacto cuando corresponda.

Por su parte, la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que se adoptó hace más de 40 años y ha sido modificada en varias ocasiones (2000, 2006, 2017, y más recientemente en 2022) [ISBN 978-92-2-038592-0 (web PDF)] establece los principios básicos que deben seguir las empresas multinacionales en cuanto a su responsabilidad social y su impacto en los derechos laborales. Esto incluye la igualdad de oportunidades, la no discriminación, la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, la abolición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la salud y seguridad en el trabajo, y la protección social. Por ende, la declaración recomienda que las empresas multinacionales se comprometan a aplicar sus políticas sociales y laborales en todas sus operaciones y en todas las partes de su cadena de suministro, y que trabajen en colaboración con los gobiernos, los empleadores y los trabajadores para promover el desarrollo sostenible y el bienestar económico y social. La declaración no es vinculante, pero se considera una guía importante para las empresas multinacionales y los Estados, ya que proporciona un marco para la diligencia debida en el ámbito empresarial, promoviendo prácticas de negocio responsables y sostenibles. La OIT cuenta con un mecanismo de seguimiento y evaluación de la implementación de la declaración.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas que establece los derechos de los niños y exige que las empresas respeten estos derechos en sus operaciones. La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y que entró en vigor en

1990 (Ratificado por España, *BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), siendo el más ampliamente ratificado en la historia, con 196 Estados parte. Ha sido fundamental en la promoción y protección de los derechos de los niños en todo el mundo, inspirando a la creación de leyes y políticas nacionales, que imponen a las empresas deberes transparencia y diligencia debida, para proteger a los niños de la discriminación, el abuso y la explotación. Por ejemplo, la ley holandesa *Wet zorgplicht kinderarbeid* en 2019.

Todos estos instrumentos inciden en que las ETN respeten los derechos humanos y se aseguren de que sus proveedores y subcontratistas también lo hagan y deban establecer políticas claras en materia de derechos humanos, con ese fin se incide en la necesidad de realizar debidas diligencias y trabajar en colaboración con los gobiernos y otros actores relevantes para prevenir y abordar cualquier violación de los derechos humanos que se produzca en sus operaciones.

Sin embargo, como se ha señalado, actualmente no existe una convención específica que regule en el marco del derecho internacional de los derechos humanos las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas, a pesar de que desde hace varios años se ha venido discutiendo y trabajando en la creación de este. La iniciativa surge de movimientos activistas, tales como la “Campaña global para dismantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad” que fueron materializadas finalmente en la elaboración del “Tratado de los Pueblos para el control de las empresas transnacionales” (Hernández Zubizarreta, J., González, E. y Ramiro, P., 2014), cuyo objetivo era “someter la arquitectura jurídica-política que sustenta el poder de las empresas transnacionales a normas y reglas de protección de los derechos humanos”, buscando la protección y salva-

guarda de los mismos y alejándose del criterio de la voluntariedad, que no ha evitado que se sigan produciendo sistemáticas violaciones de derechos humanos por parte de las empresas transnacionales (Vega Calzada, 2019, pág. 162). Ello motivó que el 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) adoptara la Resolución (A/HRC/RES/26/9) que preveía la “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” a través de la que pretendía acabar con la impunidad de las empresas transnacionales derivada de las lagunas en materia de jurisdicción y de las estructuras complejas de estas empresas. Al adoptar esta resolución, el CDH creaba el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, que ha llevado a cabo nueve sesiones de negociaciones y discusiones para avanzar en la elaboración de un tratado, que ha elaborado su cuarto borrador (*Text of the updated draft legally binding instrument with the textual proposals submitted by States during the ninth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* A/HRC/55/59/Add.1). El objetivo de este tratado es establecer obligaciones claras y exigibles de prevenir (diligencia debida) y remediar (responsabilidad) a las empresas transnacionales y otras empresas con el fin de promover y proteger los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo en toda su cadena de actividad. Entre las medidas que se estaban considerando se encuentran la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos en todas sus actividades y operaciones, la obligación de llevar a cabo evaluaciones de impacto en materia de derechos humanos antes de iniciar nuevos

proyectos, y la obligación de garantizar la reparación efectiva para las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas (Guamán Hernández, A., 2021, págs. 65 y ss.). Así mismo, asegurar el acceso efectivo a la justicia y el recurso a las víctimas de violaciones de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales de carácter transnacional, e impedir que se produzcan estas violaciones y fomentar la cooperación internacional con miras a que se hagan efectivas las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Se prevé que los Estados opten no solo por una responsabilidad civil y sanciones administrativas, sino también por una responsabilidad penal, en su artículo 8, siempre que reparen y sean sanciones proporcionales al abuso contra los derechos cometido.

No obstante, en la última reunión se ha cuestionado la delimitación del ámbito sujeto, las obligaciones directas a las empresas, la extensión de la cadena de actividad, la inversión de carga de la prueba que facilitaría el acceso a la justicia de las víctimas, entre otros temas. Países como EE. UU. cuestionan que abarque la protección de derechos sociales, Reino Unido se ha manifestado a favor del modelo de la transparencia, pero en contra diligencia debida, alegando que la prevención y reparación no pueden considerarse obligatorias. Ante esta situación, y a pesar de la postura reticente que había mantenido la Unión Europea (UE) hasta el momento, ha dado un giro copernicano, aprobando la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2024, sobre la definición de la posición de la Unión sobre el instrumento vinculante de las Naciones Unidas relativo a las empresas y los derechos humanos, expresa su compromiso de la Unión y de los Estados miembros con el proceso de las Naciones

Unidas, en particular en lo que respecta al acceso a las vías de recurso y la protección de las víctimas [2023/2108(INI)].

En síntesis, ante el desafío de atribuir responsabilidades a las personas jurídicas en normas internacionales se produce un “ángulo muerto” en el derecho internacional (Hernández Zubizarreta, 2009, pág. 663), puesto que en la actualidad no existen normas de *hard law* capaces de responsabilizar a las corporaciones internacionales (ni a sus cadenas de actividades) por los graves ilícitos internacionales perpetrados extraterritorialmente, dando lugar a un proceso de debilitamiento de la protección de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo de capas que cada vez afecta a la población, dificultando la identificación de víctimas y perpetradores sobre todo en casos de pobreza extrema y privación de los derechos más básicos.

3. La diligencia debida en el ámbito estatal: una asignatura pendiente

El derecho internacional de los derechos humanos, como se ha podido constatar, ha considerado tradicionalmente al Estado como el único responsable de respetar, proteger y garantizar el disfrute de los derechos por parte de las personas bajo su jurisdicción. Nos encontramos ante deberes que no se imponen directamente a las empresas transnacionales, sino que se imponen por los Estados en los que esas empresas llevan a cabo sus actividades, los denominados *host States*, es lo que se conoce como la aplicación horizontal del derecho internacional de los derechos humanos (Gómez Isa, 2015, pág. 38). Ello conlleva que, para poder asegurar efectivamente la vigencia de los derechos, los Estados debe-

rían controlar las actividades de los actores no estatales, entre los que se encuentran las ETN, cuando despliegan sus actividades, que supongan un peligro para la garantía de estos y, en caso de que se produzca violaciones, procesar y sancionar a las empresas.

El problema principal es que las obligaciones de las grandes corporaciones en materia de derechos humanos se remiten a los ordenamientos nacionales que han sido desregulados y flexibilizados para favorecer la atracción de inversión extranjera sin condiciones sociales, derechos laborales, ni fiscales, tampoco ambientales, y que a menudo cuentan con estructuras judiciales y administrativas incapaces de hacer valer la vigencia y aplicación de sus propias normas (Hernández Zubizarreta, González y Ramiro, 2020). Las propuestas de control que existen se enfrentaban al escollo de abordar la relación de las empresas matrices con el resto de las filiales, proveedores y subcontratistas a lo largo de la cadena de actividad, así como resulta un desafío de adaptar los marcos normativos estatales para regular las obligaciones de las ETN, cuyos derechos están tutelados a escala planetaria a través de la *lex mercatoria*.

Entre los países de la UE que han adoptado leyes nacionales de diligencia debida, el primero fue Francia, “Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre”, 2017, pionera en este ámbito, posteriormente en Noruega “Lov om åpenhet i næringsvirksomhet for et anstendig arbeid”, la ley holandesa “Wet zorgplicht kinderarbeid”, en 2019, y la alemana Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz (LKSG), 2021. Otros países como España, Austria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Holanda tienen diversas iniciativas legislativas que se encuentran en diferentes fases de tramitación, hoy en día paralizadas con el fin de realizar su adaptación a la directiva sobre diligencia

debida en materia de sostenibilidad corporativa (CSDDD), cuyo texto definitivo está todavía pendiente de publicación.

Las diferencias entre las leyes hasta ahora aprobadas en los distintos países de la UE eran sustanciales respecto al alcance de las empresas obligadas, el alcance material de los derechos, la definición de las cadenas de valor, las obligaciones de diligencia debida e informes, la responsabilidad civil y el acceso a la justicia, así como las autoridades encargadas de su supervisión. Ante ello, y teniendo en cuenta la iniciativa del tratado, no es de extrañar que una de las finalidades que pretende la directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad es armonizar las diferentes legislaciones que sobre diligencia debida existen en la UE.

Con relación a la diligencia debida, que es el tema central que nos ocupa, todas las leyes nacionales prevén la identificación y gestión de riesgos, el establecimiento de medidas preventivas en operaciones propias, filiales y proveedores, la toma medidas correctivas y la publicación de los informes. Si bien Alemania limita las medidas preventivas, respecto a los proveedores directos, estableciendo la obligación de diligencia debida respecto a los proveedores indirectos en caso de “conocimiento fundamentado” de abusos. Solo algunas incluyen una declaración política (Alemania), designar a una persona responsable dentro de la empresa (Alemania), canal de denuncia (Alemania y Noruega), involucrar a las personas afectadas (Noruega y Holanda), proporcionando o cooperando en la reparación y compensación (Noruega y Holanda).

Respecto a la responsabilidad civil y acceso a la justicia, Francia y Holanda prevén la responsabilidad por los daños que la diligencia debida hubiera podido haber evitado, pero no hay inversión de la carga de la prue-

ba. En el caso de Alemania y Noruega no se menciona, o bien expresamente en el caso alemán, se determina que el incumplimiento de la diligencia debida no da lugar a responsabilidades civiles.

En España, a pesar de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su evaluación periódica del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que España ratificó en 1977 en el sexto informe periódico de España (E/C.12/ESP/6) en sus sesiones 16^a y 17^a (véanse E/C.12/SR.16 y 17), celebradas los días 21 y 22 de marzo de 2018. En su 28^a sesión, celebrada el 29 de marzo de 2018, mostró su preocupación por los vacíos del ordenamiento jurídico español, y recomendó a España ese año, entre otras cuestiones, el establecimiento de mecanismos efectivos que garanticen la aplicación de la diligencia debida, el fortalecimiento del “marco normativo aplicable para asegurar la responsabilidad legal de las empresas respecto de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales cometidas directamente por estas o resultantes de actividades de sus filiales en el extranjero” y que se refuercen “los mecanismos existentes para investigar las denuncias presentadas contra las empresas y adopte medidas efectivas para garantizar el acceso a recursos efectivos por parte de las víctimas, así como a las reparaciones o compensaciones correspondientes”.

El único paso fue la elaboración en la anterior legislatura de un Anteproyecto de Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales, que buscaba regular la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos y medioambientales a lo largo de sus cadenas globales de valor, mediante la implementación obligatoria de mecanismos de diligencia debida

aportando seguridad jurídica a las relaciones económicas entre Estados, evitando prácticas de competencia desleal. Esto implicaba que las empresas debían tomar medidas para prevenir, mitigar y remediar los impactos negativos de sus operaciones en los derechos humanos y el medio ambiente en todas las etapas de su cadena de actividad, tanto en sus operaciones directas como en las de sus proveedores y socios comerciales, así como la publicación de informes anuales sobre los planes de debida diligencia y su seguimiento, que deberían ser anuales.

Estos planes debían incluir medidas proactivas para prevenir, aunque no preveían mecanismos de detección temprana, y mitigar cualquier impacto negativo, así como mecanismos de remedio en caso de que se produzcan violaciones y de su resultado. Se incorporaba un seguimiento continuo de los impactos detectados, y de los mecanismos de reparación (de acuerdo con los principios de debida diligencia anexos a la normativa). Por ende, era fundamental garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en el proceso de supervisión, involucrando a la sociedad civil y a las partes interesadas en la toma de decisiones y la elaboración de políticas. Sin embargo, aunque no preveía la creación de canales de denuncia, tampoco los sindicatos y ONG en representación de las víctimas pudieran iniciar acciones colectivas ni la inversión de la carga de la prueba, se eliminaban algunos obstáculos que impiden el adecuado ejercicio del derecho de las víctimas al acceso a la justicia ante los tribunales españoles, independientemente del lugar en el que se haya cometido la vulneración, estableciendo un sistema de infracciones y sanciones para empresas incumplidoras, que incluía multas y restricciones en la participación en contratos gubernamentales, pero no la prohibición de acceder a recur-

sos de cooperación financiera o de internacionalización de la empresa y la posibilidad de imponer restricciones comerciales a las empresas infractoras, que también quedan excluidas de la directiva, como se verá posteriormente. Como medida adicional, el anteproyecto preveía la posibilidad de imponer a las empresas infractoras la obligación de publicar información sobre la infracción cometida, así como las medidas adoptadas para corregirla y prevenirla en el futuro. Esta medida buscaba aumentar la transparencia y la rendición de cuentas de las empresas frente a la sociedad.

Una de las medidas más significativas era la posibilidad de aplicar sanciones penales en casos graves y recurrente de violaciones de derechos humanos y medioambientales, pudiendo ser objeto de prohibición la realización de ciertas actividades comerciales o incluso la disolución como entidad jurídica. En realidad, en nuestro país, siempre que esté incluido en el catálogo de delitos por los que responde penalmente la persona jurídica y se demuestre la participación directa o la complicidad de la empresa, se le podrá imponer una sanción penal e incautación de bienes y activos, así como los directivos y responsables pueden enfrentar penas de prisión e inhabilitación para ejercer cargos directivos. El principal escollo es que las violaciones de derechos laborales están excluidas del catálogo de delitos que responden penalmente las personas jurídicas, extremo que no subsana el Anteproyecto de la Ley orgánica contra la trata y explotación de seres humanos (Terradillos Basoco, J., 2024).

Este anteproyecto solo establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando existe trata o bien de modo autónomo se explota a personas laboralmente mediante forzados, servidumbre o esclavi-

tud, fundamentado según (Pomares Cinta, E., 2023) en el deber de diligencia del Estado de proteger los derechos humanos, estableciendo solo con carácter programático la posibilidad de establecer una responsabilidad penal omisiva de la diligencia debida en la cadena de actividad. Por tanto, no se tipifica expresamente una obligación de garante de la empresa matriz de impedir que violen los estándares sobre sostenibilidad por las empresas que participen en su cadena de actividad y se produzca resultados delictivos, tampoco la responsabilidad del garante de los administradores de la empresa matriz cuando teniendo conocimiento de que está sucediendo esos efectos adversos, resultados delictivos, no hacen nada por impedir los mismo. Por otra parte, en el supuesto de que se hubiera adoptado, subsiste el problema de la extraterritorialidad también impediría aplicar el derecho penal español y abrir un proceso penal ante los tribunales por los ilícitos penales cometidos fuera de territorio nacional por las filiales y socios comerciales, aunque se aplicase lo que establece el art. 23.4 k) 3º, m) 3º, n) 4º, o) 3º LOPJ, para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, los delitos de corrupción y transacciones internacionales, falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, que excepciona el principio territorial por el principio de personalidad activa, asumiendo competencias cuando el procedimiento se dirija contra “una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España”, en virtud de lo cual resultaría necesario que matriz y filial tengan sus sedes sociales en el país.

En otro orden de cosas, hay que señalar que en el anteproyecto se proponía la

creación de una autoridad competente para supervisar el cumplimiento de la ley, independiente con competencias de inspección y sanción, sin interferir en el acceso a la justicia de las comunidades afectadas y tomar medidas contra las empresas que no cumplan con sus obligaciones.

Las contribuciones de la sociedad civil, los sindicatos y las empresas han sido fundamentales en el diseño del Anteproyecto de ley, destacando la necesidad de una delimitación de sectores de alto riesgo en función de su impacto y naturaleza, medidas de apoyo para PYMES. Asimismo, se proponía la inclusión de mecanismos de consulta con las partes interesadas y la garantía de asistencia jurídica gratuita para las víctimas. Finalmente, se consideraba importante destacar la necesidad de adoptar una perspectiva de género en los planes de debida diligencia y en la aplicación de la ley.

Esta propuesta de ley tendría que retomarse a la luz de la CSDDD, puesto que representa un paso importante hacia la protección de los derechos humanos y la sostenibilidad en el ámbito empresarial, en la medida en que puede contribuir a generar un entorno empresarial más ético y responsable, promoviendo el respeto a los derechos humanos, laborales e impacto climático en todas las etapas de la cadena de actividades.

4. Normativa europea: especial referencia a la futura directiva; diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CSDDD)

En el ámbito de la Unión Europea se ha producido un avance muy significativo, las grandes empresas europeas están directamente obligadas a cumplir con diligencia debida la protección de los derechos humanos, labo-

rales y medio ambiente, responsabilizando a las mismas por su incumplimiento. Teniendo como punto de partida el artículo 21 del Tratado de la Unión Europea que establece que la acción exterior de la Unión se basará en el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional; hasta el momento se habían adoptado instrumentos jurídicos como son: el Reglamento (UE) 995/2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera; el Reglamento (UE) 2017/821 que asimismo prevé obligaciones para un comercio responsable de minerales de zonas de conflicto o alto riesgo y el Reglamento (UE) 2023/1115 relativo a la comercialización en el mercado de la unión y a la exportación desde la unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal; también la Directiva 2014/95/UE, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, de información no financiera y diversidad, que establece la obligación a las empresas de hacer pública información sobre cuestiones de carácter social y medioambiental vinculados con su actividad empresarial (Foffani, L., 2023, págs. 607 y ss.).

El Parlamento europeo aprobó en 2021 una resolución con “Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa”, en el entendimiento de que “las normas voluntarias en materia de diligencia debida presentan limitaciones (...) y por ello considera que la Unión debe adoptar con urgencia requisitos vinculantes” (2020/2129, INL). La resolución, además, incorporaba novedades como la responsabilidad para las empresas matrices por los daños producidos por sus filiales, un mejor acceso a la justicia para las víctimas por acciones de empresas europeas,

o que actúen en los países miembros, incluso cuando se han producido fuera de la Unión Europea. La propuesta se proponía integrar, igualmente, sistemas sancionadores y multas para aquellas empresas que, de manera directa e indirecta, a través de sus relaciones comerciales, violen los derechos humanos.

Dos años más tarde, se presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo 2022/0051(COD) sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la directiva (UE) 2019/1937, con el fin de mejorar las prácticas de gobernanza empresarial, evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único, incrementar la responsabilidad de las empresas por los efectos adversos, facilitar el acceso a las vías de recurso para las personas afectadas y complementar otras medidas vigentes o propuestas que abordan directamente algunos retos específicos en materia de sostenibilidad, estableciendo obligaciones para que las empresas adopten un plan que garantice que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con el Acuerdo de París. La propuesta establecía normas sobre las obligaciones de diligencia debida de las empresas, también en relación con el cambio climático, los deberes de los administradores, la responsabilidad administrativa y civil, así como la protección de las personas que denuncien infracciones. Las autoridades de control designadas por los Estados miembros se encargarán de hacer cumplir la nueva directiva.

En la actualidad, tras el informe de la Comisión JURI (Report - A9-0184/2023) y una resistencia jurídicamente inusitada por países que, precisamente, cuentan con leyes que regulan la obligatoriedad de la diligencia debida, como Francia y Alemania, se aprobó la directiva por el Parlamento europeo el 24 de

abril de 2024 y un mes después por el consejo, estableciendo obligaciones o deberes que se han diluido respecto a los iniciales. Aun así, su compromiso con la sostenibilidad se mantiene y se prevé que ayudará a mejorar la protección de los derechos humanos y el cuidado del medioambiente en las cadenas de actividad. De esta forma, a la obligación de la empresa de informar (Directiva 2014/95/UE), se suma la obligación de hacer (CSDDD). Este deber de actuar de forma diligente consiste en prevenir y eliminar los riesgos generados por su actividad en los derechos humanos de una persona o grupo de personas, de comunidades indígenas, de los trabajadores propios o de los socios comerciales, así como el impacto ambiental.

La directiva reduce el ámbito de aplicación inicialmente previsto, afecta a menos del 0,05% de las empresas en la UE y se irá poniendo en marcha de manera escalonada a medida que se realicen las correspondientes transposiciones de la directiva a las legislaciones nacionales de cada Estado miembro de la UE, y según el número de empleados y la facturación, las empresas con más de 1.000 empleados y 450 millones de euros de facturación dispondrán de 5 años para cumplir con la directiva. La CSDDD es la primera regulación supranacional de carácter imperativo que, debido a su alcance, será exigible no solamente a las grandes empresas europeas, sino también a las extracomunitarias que operen en ella. En este último caso, el umbral para el cumplimiento con la directiva será únicamente relativo a su facturación en la UE y no al número de empleados, las empresas con una facturación superior a 450 millones de euros tienen en 5 años. Ahora bien, las grandes empresas aplicarán los requisitos a sus socios y proveedores, por lo que de manera indirecta esta directiva afectará a muchas más empresas en las cadenas de actividades.

Puede constarse como, la nueva formulación de la CSDDD omite el anterior enfoque basado en sectores de “alto riesgo”. Así, ya no se aplicará la norma según las empresas de determinados sectores de “alto riesgo”, estas solo entran en el ámbito de aplicación de la directiva si cumplen con los criterios. Sin embargo, se ha conservado una cláusula de revisión, manteniendo abierta la posibilidad de reevaluar y potencialmente reintegrar este enfoque sectorial de “alto riesgo” en el futuro, ofreciendo un margen para ajustes basados en la evolución y observación del mercado y las prácticas empresariales. También los servicios financieros quedarán temporalmente excluidos del ámbito de aplicación de la directiva, pero habrá una revisión en dos años de cara a una posible inclusión, sin embargo, no ha sido excluido de adoptar y poner en práctica planes de transición climática.

La directiva de diligencia debida sobre sostenibilidad corporativa da un paso más, al imponer obligaciones de control y supervisión en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos, explotación laboral y el medio ambiente que ocasione no solo la propia empresa sino también sus socios comerciales en la cadena de actividades. La cadena de valor que ha pasado a llamarse de actividades abarca todos: subcontratista, proveedores, anteriores a la fase productiva (diseño, extracción, fabricación, transporte, almacenamiento, suministro...); no sucede lo mismo con la fase posterior, puesto que aunque incluye la distribución, transporte y almacenamiento (excepto las armas y productos de doble uso tras autorización de exportación, que ya están regulados), excluye todo aquello que tenga que ver con el uso y la venta, eliminación, desmontaje, reciclado, compostaje y vertido. Tampoco tienen en cuenta los posibles abusos contra los derechos humanos derivados del doble uso de

sus productos ni los servicios que pueden ser utilizados para aplicar la pena de muerte o infligir torturas u otros tratos inhumanos o degradantes (Reglamento 1236/2005 de 27 de junio DO L 200/1).

Las obligaciones previstas no pasan solo por incorporar las políticas corporativas de la diligencia debida con una aproximación basada en el riesgo, un procedimiento interno y externo de quejas, la comunicación al público de sus políticas y la transparencia sino también por la evaluación periódica de la efectividad de estas, la implantación de medidas para la prevención de los efectos adversos potenciales y la eliminación de los reales.

El ámbito de la obligación de diligencia debida de las empresas está descrito en el Anexo I, en el que se establece una lista de derechos y prohibiciones específicos, que constituyen un efecto adverso para los derechos humanos en caso de abuso o violación de estos. En este anexo se introducen referencias a convenios de las Naciones Unidas, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ende, se añaden nuevos elementos a las obligaciones e instrumentos enumerados en el anexo en relación con los derechos humanos de los más vulnerables, y protege los principios y derechos fundamentales reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo (Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948; Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949; Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (n.º 29) y su Protocolo de 2014; Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957; Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, etc.). En el ámbito de los derechos laborales, la diligencia debida, que deben cumplir las grandes

empresas, servirá para la prevención, mitigación, corrección y reparación por los impactos adversos producidos en sus cadenas de actividades que socaven, entre otros, el derecho a un trabajo decente, el derecho a no ser sometido a trabajos forzados, esclavitud, trata de esclavos o servidumbre, el derecho a la libertad de asociación, reunión, derecho de organización y derechos colectivos, así como el derecho a no ser discriminado en el empleo (Sanguinetti Raymond, 2023, págs. 31 y ss.).

Por ende, se recoge la obligación de debida diligencia respecto al impacto medioambiental, es decir, la puesta en marcha de un plan de transición climática para mantenerse dentro del objetivo del Acuerdo de París de 1.5 °C de limitación del calentamiento global, pero no para los impactos climáticos adversos derivados de las actividades empresariales. La futura directiva refuerza las disposiciones relativas a la obligación de que las grandes empresas adopten y apliquen un plan de transición para la mitigación del cambio climático con objetivos quinquenales que comienza en 2030 hasta 2050, con reducciones de emisiones de alcance 1, 2 y 3 (cadena de actividad). Por tanto, conlleva el cumplimiento de la adopción de planes climáticos, en la medida en que las autoridades de supervisión deberán fiscalizar la adopción y el diseño del plan, no de su puesta en marcha, tampoco habrá responsabilidad civil por el incumplimiento de las medidas de prevención y mitigación de impactos climáticos, salvo que se regule nacionalmente.

Los nuevos deberes en materia de información corporativa de sostenibilidad y de diligencia debida redundarán en estándares más exigentes, que llevará a las empresas a transformar sus modelos de negocio hacia otros más sostenibles, incluso a prestar apoyo a las PYMES de su cadena de actividad para que cumplan con las nuevas exigencias.

Las obligaciones de diligencia debida recogen un proceso paso a paso: integrar la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión; identificar y evaluar los impactos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente; prevenir los impactos adversos potenciales a través de planes de prevención, medidas de inversión, garantías contractuales para que los planes sean efectivos; cesación de efectos adversos reales, proporcionar reparación; mecanismos de notificación y reclamación, regulan un nuevo mecanismo de queja; monitorización y verificación de que las medidas son efectivas y, en último lugar, comunicación basándose en la obligación de recogida en la directiva de información financiera. Una cuestión importante es que establece la obligación de que las empresas desarrollen una cooperación, que incluya el diálogo y la consulta con las partes interesadas afectadas.

Este proceso de diligencia, a diferencia de la LKSG alemana (Ley de debida Diligencia de la Cadena de Suministros, siglas en alemán) que pone el acento en la proximidad del riesgo a la empresa matriz en la cadena, sigue un enfoque basado en el riesgo, esto significa que la empresa debe priorizar y poner el foco en la prevención de riesgos más graves y probables, con independencia del lugar que ocupe en la cadena de actividades.

Los Estados designarán una autoridad supervisora encargada de controlar si las empresas cumplen las obligaciones de diligencia debida. La investigación se centra en examinar la implementación de los procedimientos de diligencia debida adoptados por las compañías, no tanto en los efectos adversos reales derivados de sus actividades. El incumplimiento del deber de diligencia en las políticas de la empresa estará bajo supervisión administrativa, y cuando se produzcan efectos adversos como consecuencia de la in-

fracción del deber de vigilancia en la cadena de actividad, podrá determinarse en los tribunales la responsabilidad civil, a la vez que se trata de un criterio para la adjudicación de contratos y concesiones públicas.

Las autoridades supervisoras, ante las que han establecido un mecanismo de reclamación, podrán poner en marcha inspecciones e investigaciones, ordenar el cese de infracciones, la reparación del daño, medidas cautelares e imponer sanciones que podrán ser mandatos de acción correctiva y multas a las empresas en función del volumen de negocio, que podrían alcanzar hasta un mínimo de la infracción más grave del 5% de los ingresos netos globales de las empresas infractoras, conforme al derecho nacional. Las sanciones deberán ser publicadas, y se impondrán sin perjuicio de la responsabilidad civil. A nivel de la UE se formará una red de autoridades supervisoras para asegurar una ejecución uniforme.

Las empresas, por su parte, designarán a un representante autorizado o empresa, ahora bien, no se trata de designar a un miembro del consejo de administración o del órgano de gestión responsable de la diligencia debida en materia de sostenibilidad, ni a un oficial de cumplimiento responsable del desarrollo del programa de diligencia debida, sino un mero nexo de la empresa con la autoridad supervisora, a efectos de comunicación y cooperación, que puede ser persona física o jurídica.

La CSDDD, por tanto, no solo prevé esta responsabilidad administrativa como prevé la ley alemana, sino que establece la necesidad de que los Estados miembros adopten la responsabilidad civil de las empresas por los daños producidos intencionalmente o por negligencia, de forma activa u omisiva, que deberá regularse en el ordenamiento alemán. Las condiciones causales para de-

terminar la responsabilidad civil son la ausencia de cumplimiento de las obligaciones de prevención y mitigación/cesación (arts. 7 y 8) y que, como consecuencia de ese incumplimiento, se produce algún efecto adverso y que este ha provocado un daño. Las empresas matrices responden solidariamente del daño, fuera causado conjuntamente por su filial o socio comercial.

De manera tal que ha causado un deterioro contra los derechos humanos y laborales por la empresa o en su cadena de actividad para garantizar el derecho de las víctimas a obtener reparación, se determina que las empresas serán consideradas responsables civiles, pudiendo ser sancionadas por el daño causado o su contribución, a no ser que se demuestre que actuaron en línea con las obligaciones de diligencia debida y que se han tomado medidas para evitar el efecto adverso. Las personas físicas o jurídicas disponen de un período de cinco años para presentar reclamaciones ante los tribunales nacionales, pudiendo estar representados por sindicatos u organizaciones sociales.

Con el fin de facilitar el acceso a la justicia, se contempla que los Estados establezcan medidas cautelares, y que para los demandantes que busquen justicia el coste de los procedimientos no resulte prohibitivo. Lamentablemente, no se ha previsto la inversión de la carga de las pruebas, pero existe la posibilidad de exigir a los tribunales y a las empresas, la divulgación de información con el fin de fundamentar una posible demanda o una reclamación de daños y perjuicios.

La aplicación de la directiva es imperativa con independencia del lugar donde se haya producido el daño o impacto adverso, siendo de nuevo que los Estados, cumpliendo su deber de proteger los derechos humanos, los que adopten o apliquen las reglas de extraterritorialidad y las medidas necesarias

para proteger los derechos de las víctimas. Se ha desdeñado, por ahora, la opción presentada por el Parlamento Europeo en marzo de 2021 en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, en él se planteaba la reforma del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y de Reglamento Roma II del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las relaciones contractuales, que posibilitaba la construcción de un *corpus* legislativo coherente, incluidas las normas que rigen el acceso a la justicia, la jurisdicción, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la legislación aplicable y la asistencia judicial en situaciones transfronterizas que impliquen a terceros países. Como señala Durán Ayago (2022, págs. 329 y ss.), realmente lo importante es que el demandante o perjudicado de la actividad de una filial de una empresa europea en un país tercero porque se hayan producido efectos adversos contra los derechos humanos, laborales e impacto ambiental protegidos por la directiva, pueda demandar conjuntamente a la empresa matriz y a la filial en el domicilio de la matriz y se le aplique la legislación más conveniente.³

3 Con este fin de posibilitar un litisconcorcio pasivo necesario entre una empresa matriz domiciliada en un Estado miembro, Durán Ayago (2022, pp. 329–357) propone la reforma del art. 4 del Reglamento (UE) 1215/2012, que hace referencia al foro del domicilio del demandado y art. 7. 2º del mismo Reglamento, si se logra demostrar que la omisión del deber de diligencia debida es el origen del daño.

La CSDDD se ha limitado en exigir una responsabilidad administrativa y civil el incumplimiento de la obligación de diligencia debida, dejando al margen la responsabilidad penal por las graves violaciones a los derechos humanos, laborales y medioambientales. Si bien, el establecimiento de la obligación de diligencia debida y el cumplimiento de ciertos estándares de sostenibilidad en las cadenas de actividad hubiera podido abrir la puerta hacia una responsabilidad penal, basada en una posición de garante de la empresa matriz respecto a los daños adversos contra los derechos humanos que se produzcan en su cadena de actividad (Zúñiga Rodríguez, L., 2018, págs. 99 y ss.; Pérez Cepeda, A. I., 2019b, pág. 142), no ha sido así, se limita a establecer la responsabilidad administrativa y civil de la empresa matriz derivada de un daño adverso (delito), que se produce en su cadena de actividad, cuando la empresa matriz omite total o parcialmente las obligaciones de la diligencia debida.

Desde la perspectiva jurídico penal, a pesar de las dificultades probatorias y técnico jurídicas, la responsabilidad penal de la empresa que tiene noticia de que existen en

Adicionalmente, respecto al régimen jurídico que debería regir la responsabilidad, la introducción de art. 6 bis del Reglamento de Roma II, hubiera supuesto ofrecer a las víctimas la posibilidad de elegir leyes diferentes a la del país en que se produce el daño. En concreto, las opciones serían tres: la ley del país donde ha tenido lugar el daño (*lex damni*), la ley del país en el que ocurrió el hecho que dio lugar al daño (*lex delicti commissi*), o la del país en el que tiene su domicilio la sociedad matriz o, si esta carece de domicilio en un Estado miembro, la del país en el que opere.

sus filiales o cadena de actividad infracciones graves de derechos humanos y no adopta ningún tipo de medida para mitigar o poner fin a estos impactos adversos por una participación en el delito en cuestión en comisión por omisión, también ha sido propuesta por Nieto, Dopico y Muñoz (2022), quienes incluso han defendido un delito de desobediencia, cuando la empresa incumpliera de manera reiterada las indicaciones realizadas por el órgano supervisor de adoptar un plan de remediación (Nieto, Dopico y Muñoz, 2022), que la directiva aborda como sanción administrativa.

No es baladí tampoco que se haya excluido la posibilidad de que los Estados pudieran llegar a exigir una responsabilidad penal a los administradores de una sociedad matriz por el incumplimiento de deber de diligencia con el desarrollo sostenible en las cadenas de actividad. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la directiva (UE) 2019/1937 establecía la obligación de los administradores de tener en cuenta en todas sus decisiones las consecuencias que puedan producirse en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo (art. 25). Además, los administradores tenían el deber de poner en marcha y supervisar las medidas de diligencia debida, particularmente, tomando en consideración las aportaciones de las partes interesadas y la sociedad civil, por último, debían adaptar la estrategia de la empresa de tal forma que tenga en cuenta los impactos reales y potenciales que son detectados (art. 26). Ambos artículos se han suprimido, no teniendo los administradores en la CSD-DD ninguna obligación o deber, tampoco les

será exigible responsabilidad alguna. En consecuencia, el administrador de un consejo de la empresa matriz que decide no cumplir con las exigencias de la diligencia debida, tener una cadena de actividades, que, aunque esté controlada por inteligencia artificial en la búsqueda del lucro, sea indiferente que provoque efectos adversos sobre los derechos humanos, laborales e impacto ambiental, o que conociéndolos no haga nada por remediarlos, queda impune, ningún tipo de responsabilidad.

Más lejos aún queda que, a tenor de la directiva, pueda dar lugar a un derecho penal económico europeo, como proponía Nieto Martín (2020, págs. 160 y ss), que establezca la obligación de prevenir y el grado de control o medidas de vigilancia que debe satisfacer la empresa matriz, tipificado como delito: el incumplimiento genérico de las obligaciones de *due diligence*, este deber es una sanción administrativa en la directiva y no un delito de omisión pura de garante de la empresa matriz; los embargos y exportaciones condicionadas al cumplimiento de deberes de *due diligence*; la receptación de bienes o servicios producidos con violaciones a los DDHH, si bien para su prohibición se ha alcanzado Acuerdo del Reglamento por el que se prohíben en el mercado de la UE los productos fabricados con trabajo forzoso [P9_TA,2024,0309 Prohibiting products made with forced labour on the Union market European Parliament legislative resolution of 23 April 2024 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on prohibiting products made with forced labour on the Union market (COM(2022)0453-C9-0307/2022- 2022/0269, COD)]; la falsedad en el balance no financiero y, por último, la responsabilidad de los certificadores y auditores.

A tenor de lo expuesto, podría pensarse que la directiva de diligencia debida con los

consiguientes cambios en la forma de hacer negocios extenderá globalmente las prácticas de conducta empresarial responsable para evitar y abordar los impactos negativos derivados del comercio en los derechos humanos, laborales e impacto medioambiental. También que supondrá un impulso, aunque haya excluido la dimensión de la responsabilidad penal, para la aprobación y entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas que implementará y desarrollará a nivel nacional las obligaciones impuestas por la diligencia debida a las grandes empresas.

5. Conclusión

La responsabilidad penal de las ETN por violación de los derechos humanos es un tema que ha ganado cada vez más atención en la última década, ha habido una creciente conciencia sobre la necesidad de establecer mecanismos de responsabilidad efectivos, aunque continúa siendo un tema controvertido y complejo. La razón de la actividad legislativa a nivel internacional, regional y nacional, como se ha podido constatar, no es el fracaso de la “autorregulación regulada” empresarial (*compliance*) (Ambos, K., 2018, pág.12, el mismo, 2021, págs. 258 y ss.), que conlleva un desplazamiento de la capacidad normativa en favor de las empresas que puede por esta vía en una exoneración de responsabilidad directa o indirecta (Navarro Cardoso, F., 2020, pág. 271), sino que es una parte del mismo, se ha creado simplemente un nuevo programa para establecer obligaciones de cumplimiento, diligencia debida, que se piensa posibilitará garantizar unos estándares de comercio sostenible en las cadenas de actividad.

Desde esta perspectiva, la cuestión de cómo hacer para que las ETN asuman su res-

ponsabilidad en la protección de los derechos humanos, laborales e impacto ambiental en sus cadenas de actividades parece decantarse, como hace la CSDDD en el establecimiento de la diligencia debida como un deber impuesto a las grandes multinacionales de realizar un programa de cumplimiento y reparación, que deberá sumarse, en nuestro país, a los *compliance* existentes para prevenir determinados delitos, ampliando los riesgos que deben prevenirse y repararse a la violación de derechos humanos e impactos adversos como la esclavitud, el trabajo infantil, la discriminación, la explotación laboral y ambiental, entre otros; y en el ámbito de aplicación abarcará a las cadenas de actividad. La existencia y funcionamiento del programa de diligencia debida exonera directamente a las multinacionales de una infracción administrativa e indirectamente de responsabilidad civil, cuando se demuestre que no existe una relación causa/efecto con los efectos adversos.

Ciertamente, a pesar de que la directiva ha tenido significativos retrocesos durante la tramitación y las obligaciones pueden resultar insuficientes, nos encontramos ante un primer paso importante en el reconocimiento de las empresas transnacionales como sujetos de obligaciones y deberes, cuyo incumplimiento acarrea una responsabilidad administrativa y civil, que permitirá una reparación del daño causado y de las víctimas, la promoción de la transparencia, el fortalecimiento de los mecanismos de rendición de cuentas, el fomento de la participación de las comunidades afectadas y la promoción de la cooperación internacional para establecer estándares claros y efectivos.

La cuestión del alcance de los deberes de vigilancia por parte de la empresa matriz y la responsabilidad por el resultado (Muñoz de Morales, 2020, pág. 955), se limita a la infracción de la diligencia debida, que, a tenor

de lo previsto en la CSDDD, puede dar lugar a una infracción administrativa y reparación a los perjudicados. Hay quien opina que se trata de una directiva de medios no de resultados (Guamán Hernández, 2022, pág. 4), en la medida en que la nueva directiva esté orientada al desarrollo de la diligencia debida en derechos humanos y no a la contención de sus violaciones, estableciendo exclusivamente sanciones administrativas por el incumplimiento de la diligencia debida y una responsabilidad civil solidaria derivada de la producción de un delito o crimen internacional que viola los derechos humanos y laborales en su cadena de actividad, como consecuencia la falta o incorrecta implementación de la diligencia debida, sin perseguir penalmente la responsabilidad penal de la ETN ni la de sus administradores por su participación en el delito cometido por la filial o socio comercial fuera de sus fronteras. Llegados a este punto, está a manos de Naciones Unidas a través del futuro tratado sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, abre una puerta o no para que los Estados regulen la responsabilidad penal de empresas y directivos de la empresa matriz por su conducta de participación en comisión por omisión con graves violaciones de los derechos humanos, laborales y medioambientales en sus cadenas de actividad. También cada Estado individualmente podrá establecer la responsabilidad penal, pero esta falta de armonización podría afectar a la competencia.

En nuestro país, deberá retomarse el Anteproyecto Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales, y adecuarlo a los mínimos de la nueva directiva, avanzando en la protección de los derechos humanos, pudiéndose introducir además de la responsabilidad admi-

nistrativa y civil de la empresa matriz por la infracción del deber de diligencia en la protección de los derechos humanos, laborales e impacto medioambiental en la cadena de actividad, la responsabilidad penal de las empresas por la comisión de crímenes internacionales, los delitos de explotación laboral (cuando se tipifiquen en nuestro CP), pero también los delitos contra los derechos de los trabajadores. Inclusive, cuando se trata de las conductas más graves y lesivas, se puede modificar el art. 31 bis con el fin dar cabida a una responsabilidad de una participación de la empresa matriz en comisión por omisión cuando sean cometidos en el extranjero por empresa filiales, excepcionando el principio de territorialidad. Con independencia, en la medida en que la jurisdicción de la CPI es complementaria de que se introduzca o no la responsabilidad penal de las empresas en el Estatuto de Roma, que hasta ahora, en el mejor de los casos, se ha centrado exclusivamente en la responsabilidad de los administradores, por ejemplo, en los casos IG Farben y Krupp (Casasola Gómez-Aguado, 2018, pág. 47 y ss.).

6. Bibliografía

- Ambos, K. (2018). *Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Madrid: Civitas.
- (2021). ¿Complicidad en crímenes internacionales mediante suministros (legales) de armas? Una contribución a los problemas de imputación en el marco de las cadenas de suministro. *Polít. Crim.* Vol. 16, (31). Disponible en: <http://polit-crim.com/wp-content/uploads/2021/07/Vol16N31A13.pdf>
- Arenal Lora, M. L. (2018). *Crímenes económicos en derecho internacional: propuesta de*

- una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*. APY Solidaridad en acción. Fundación para la Cooperación.
- Casasola Gómez-Aguado, A. (2018). *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*. Dykinson.
- Del Valle Calzada, E. (2019). Reflexiones en torno al futuro del principio de jurisdicción universal y su aplicación a la criminalidad de las empresas transnacionales. *CEFD*. Publicación actas Congreso Internacional 70 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos (39).
- Demetrio Crespo, E. (2018). Vulneración de derechos humanos por empresas multinacionales: ¿de un derecho penal económico transnacional a un derecho penal internacional económico? E. Demetrio Crespo y A. Nieto Martín (Dir.).
- y Nieto Martín, A. (Dir.); Maroto Calatayud, M y Marco Francia M.P. (Cords.) (2018). *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Durán Ayago, A. (2022). Derechos humanos, diligencia debida y sostenibilidad empresarial: implicaciones para el derecho internacional privado europeo a propósito de una propuesta de directiva en el aire. *AEDIPr*. (t. XXII), 329–357.
- Esteve-Moltó, J. E. (2011). Los principios rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional? *Anuario de Derecho Internacional*, XXVII.
- Foffani, L. (2023). The european directives regarding the ‘non-financial statement’ and the corporate ‘sustainability reporting’. ¿A new step towards a European Economic Criminal Law for the protection of human rights? *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization*. *Liber amicorum prof dr. A. E. Vervaele, Louhtman (ed.)*. Netherlands. Eleven.
- Gómez Isa, F. (2015). Las empresas transnacionales y los derechos humanos: ¿hacia un marco jurídico internacional de carácter vinculante?, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*. 2015. (20).
- Guamán Hernández, A. (2021). Diligencia debida en derechos humanos: ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales? *Revista de Derecho Social*. (95).
- (2022). El borrador de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. (88).
- Hernández Zubizarreta, J. (2009). *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales, Bilbao: Hegoa/OMAL.
- Hernández Zubizarreta, J., González E. y Ramiro P. (2014). Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales. Una apuesta desde los movimientos sociales y la solidaridad internacional, *Cuadernos de trabajo Hegoa*. *Lan Koadernoak*. *Working papers* (64).
- Muñoz de Morales, M. (2020). Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos, *Polít. Crim.*, Vol. 15. (30).
- Navarro Cardoso, F. (2020). A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de al-

- gunos nuevos problemas. En E. Demetrio Crespo (Dir.). *Derecho penal económico y teoría del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2020). Hacia un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos, *InDret* 3.
- Nieto Martín, A., Dopico, J. y Muñoz, M. (2022). Observaciones al Anteproyecto de Ley protección de derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales. *REPMULT*, <https://blog.uclm.es/rep-mult/category/documentos/>
- OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, *Publishing*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>
- OECD (2023), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable, *OECD Publishing*, Paris. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/7abea681-es>.
- Pérez Cepeda, A.I. (2019). Acuerdos de libre comercio y el sistema internacional de derechos humanos en el marco del derecho penal internacional. *Revista penal México*. (14-15). México. Instituto Nacional de Ciencias Penales
- (2019b). Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, *Revista penal*, (44).
- Pomares Cinta, E., (2023). Un nuevo modelo, otros deberes de diligencia para afrontar la *esclavitud moderna*: el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la Trata y la Explotación de seres humanos (2022). *Revista Sistema Penal Crítico*. DEBATE. Vol. 4.
- Sanguineti Raymond, W. (2023). La diligencia debida en materia de derechos humanos laborales. Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano J. B. (Dir.) (2023). *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*. Pamplona: Aranzadi.
- Terradillos Basoco, J.M. (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona, Bosch, 2020.
- (2024). Trabajo forzoso, servidumbre, esclavitud: ¿aggiornamento de la respuesta penal a la explotación laboral grave? *Revista Sistema Penal Crítico*. Vol. 5.
- (2020). Empresas transnacionales y derechos humanos. Situación actual de los marcos regulatorios y propuestas. *INFORME OMAL #25/2020*. Disponible en línea: <https://omal.info/spip.php?article9369>
- Zúñiga Rodríguez, L. (2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. En E. Demetrio Crespo y A. Nieto Martín (Dir.), *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.



RPMX

- Universidad de Huelva • Universidad de Salamanca •
- Universidad Pablo de Olavide • Universidad de Castilla-La Mancha •
- Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal •



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



INACIPE
INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS FISCALES

INACIPE
48
AÑOS
1976 • 2024

ISSN 2007-4700

