

LA “DEBIDA DILIGENCIA” DE LA EMPRESA COMO MEDIO PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS. ¿HERRAMIENTA ÚTIL O VÍA PARA POSTERGAR OBLIGACIONES LEGALES?

Christian Courtis

Resumen

El artículo aborda el sentido del deber de “diligencia debida” de las empresas para prevenir el impacto negativo de su actividad sobre los derechos humanos. Para ello, revisa la intención original de incluir esta noción en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas. A continuación, considera la utilidad de la noción para los derechos humanos laborales, y efectúa precisiones sobre la relación del deber de “debida diligencia” con las obligaciones sustantivas en materia de derechos laborales, y discute algunas caracterizaciones de ese deber.

Palabras clave: obligación de las empresas de respetar los derechos humanos – diligencia debida – derechos humanos laborales

1. Estas breves notas son un contrapunto a las reflexiones de Hugo Barreto quien, en páginas de esta misma revista¹, compartió una aguda crítica a la noción de “debida diligencia”, que viene ganando espacio en iniciativas de regulación y codificación a nivel internacional como medio propuesto, entre otros, para asegurar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Comparto gran parte de las reflexiones de Barreto, pero quiero complementarlas con algunos apuntes que contribuyan a entender la noción, ubicarla donde corresponde, señalar sus potencialidades y límites, y sugerir algunas interpretaciones útiles de la “debida diligencia”, que la tornen capaz

1 Ver Barreto Ghione, H. (2022).

Christian Courtis

Funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Nueva York. Profesor (en uso de licencia) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

de cumplir y no de frustrar la pretendida función de asegurar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Pongo aquí especial énfasis en las obligaciones en materia de derechos humanos laborales.

2. La primera precisión que me parece importante realizar es el sentido original de la propuesta de inclusión de la noción de “debida diligencia”² en los llamados Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos³.

Al discutirse la redacción de los Principios Rectores, se hizo evidente que, dada la diversidad de sectores de las empresas, era prácticamente imposible – una tarea digna del Aleph borgeano – listar *a priori* todos los posibles impactos negativos sobre los derechos humanos que puedan surgir de la actividad empresarial. En lugar de elaborar un elenco de derechos humanos potencialmente afectados, se optó por listar, como mínimo, los instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes para analizar el posible impacto de las actividades empresariales⁴, y por incluir la noción de “debida diligencia”⁵, como medio preventivo para que cada empresa (o sector)

2 Desde ya, para evitar confusiones, es necesario distinguir la “debida diligencia” *del Estado* de la “debida diligencia” *de la empresa* – aunque probablemente la segunda haya sido una traslación no necesariamente adecuada de la primera al marco sobre empresas y derechos humanos. La “debida diligencia” del Estado es el estándar adoptado por diversos tribunales internacionales para evaluar el cumplimiento por parte del Estado del deber de prevenir afectaciones a los derechos humanos derivadas de conductas de sujetos privados. Como la obligación de prevenir es una obligación de medios y no de resultados, la imputación al Estado del resultado de la actividad de sujetos privados supone considerar ciertos extremos (por ejemplo, entre otros: conocimiento del riesgo, cumplimiento de deberes de búsqueda, investigación, regulación, supervisión y fiscalización, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva). Ver, por ejemplo (Medina Ardila, 2009) y (Gómez Muñoz y Mamian Mosquera, 2021). En contraste, la “debida diligencia” de la empresa se refiere a la adopción por parte de la empresa de medidas preventivas para evitar impactos negativos de su propia actividad sobre los derechos humanos. Como veremos, el cumplimiento o incumplimiento de estas medidas preventivas no obstan – en sede nacional – a la imputación a la empresa de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones sustantivas. En este artículo nos referimos a la segunda (“debida diligencia” de la empresa, según los Principios Rectores).

3 Ver Naciones Unidas, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos” (en adelante, “Principios Rectores”), adjuntos a su informe final al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011), que también incluye una introducción a dichos Principios y un resumen del proceso que llevó a su elaboración. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

4 Ver Principios Rectores, principio 12: “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”.

5 Ver Principios Rectores, principio 17: “Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder

identifique los posibles riesgos que su actividad genere para los derechos humanos, y adopte medidas para evitarlos.

Dicho en forma más gráfica: el posible impacto negativo sobre los derechos humanos varía en función del sector, actividad y tamaño de la empresa. Así, una empresa privada de servicios de salud deberá prestar atención principalmente a los posibles impactos de su actividad sobre el derecho a la salud; una empresa privada de seguridad deberá considerar las posibles consecuencias del uso de la fuerza y de armas sobre la vida y la integridad personal; una escuela o universidad privada pone en juego primordialmente el derecho a la educación; un banco que otorgue créditos hipotecarios deberá atender el impacto sobre los derechos a la vivienda y a un nivel de vida adecuado de las personas que acceden a esos créditos; un medio privado de comunicación puede generar impactos negativos sobre la honra de las personas o propagar estereotipos perjudiciales de género, raciales o sobre las personas con discapacidad. Los ejemplos pueden, obviamente, multiplicarse. En este sentido, la noción de “debida diligencia” para las empresas cumple una primera función identificatoria de los riesgos que su actividad específica puede generar a los derechos humanos:⁶ de ello se deriva el deber de adoptar un plan para prevenir ese impacto negativo.

.....
de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;
- 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”.

6 Otra dimensión de análisis posible, que da también cuenta de la variedad de impactos sobre los derechos humanos que puede provocar la actividad empresarial, es la de la titularidad de los derechos humanos afectados. Así, la actividad empresarial puede afectar, entre otros, los derechos de los trabajadores de la propia empresa, sus consumidores o usuarios, personas sujetas a la autoridad de la empresa por delegación estatal (como en el caso de prisiones gestionadas privadamente o albergues o refugios privados subcontratados por autoridades públicas), u otras personas sin vinculación con la empresa (como las víctimas de contaminación ambiental debida a la actividad de la empresa, o las personas aludidas por los medios de comunicación).

3. Caben, casi inmediatamente, varias reflexiones. La primera es que, aunque la actividad de las empresas varíe y – por ende – varíen los derechos humanos sobre los que la actividad empresarial pueda tener impacto, el denominador común de toda empresa que se precie de tal es tener empleados. Es decir: aunque el impacto sobre otros derechos humanos varíe, toda empresa que tenga empleados tiene el riesgo de impactar negativamente los derechos humanos laborales.

Sobre el punto, hay que decir que la noción de “debida diligencia” para identificar posibles impactos sobre los derechos laborales de los trabajadores de la empresa es, en general, innecesaria y sobreabundante: no hace falta ninguna prospección adicional para saber que las empresas deben respetar el derecho al trabajo, el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y los derechos colectivos de los trabajadores.

Como mucho, y dado que es evidente que la actividad de la empresa puede afectar esos derechos, la noción de “debida diligencia” podría jugar algún papel para la identificación de riesgos contextuales y específicos de la empresa en cuestión, y para la formulación de un plan para prevenir impactos negativos en relación con esos riesgos. Así, por ejemplo, una empresa dedicada a la fabricación de productos riesgosos – como fertilizantes químicos, o explosivos, o que involucre la manipulación de sustancias tóxicas o contaminantes – debería identificar riesgos específicos en materia de salud y seguridad de los trabajadores, y desarrollar un plan preventivo específico en la materia, detallando las medidas adoptadas para minimizar los impactos negativos sobre la vida y salud de los trabajadores.

Sin embargo, como señalaré después, en la medida en que esas obligaciones ya estén establecidas legalmente o por vía de convenios colectivos de trabajo, la noción de “debida diligencia” agrega poco y nada al plexo conocido de deberes del empleador. No hay que descubrir el agua tibia para enterarse de que, entre los derechos que una empresa puede afectar potencialmente, se encuentran los derechos de los trabajadores que la legislación nacional consagra.

4. Hay, sin embargo, un espacio donde la noción de “diligencia debida” podría tener algún mérito suplementario, que es la de la prospección de la empresa del posible impacto de derechos humanos en su cadena de valor, incluyendo proveedores,

distribuidores y compradores⁷. En este sentido, las obligaciones de prospección se extienden más allá de la relación de la empresa con sus propios trabajadores, y pueden incluir la protección de derechos humanos laborales – y otros derechos humanos – de trabajadores de otras empresas. Piénsese, por ejemplo, en una empresa cuyos proveedores producen a precios más bajos por incumplir con normas de salarios mínimos, o aprovechándose de la explotación del trabajo infantil. En estos casos, la noción de “debida diligencia” se extiende a la identificación de esos riesgos de impacto sobre derechos humanos en la actividad de otras empresas, y el plan de “debida diligencia” deberá prever medidas para evitar la complicidad de la empresa con la explotación laboral de su proveedora, y desincentivar, en la medida de lo posible, esas prácticas.

5. En tercer lugar, es necesario recalcar explícitamente lo obvio: el deber de “diligencia debida” no sustituye el cumplimiento de obligaciones del empleador fijadas en la ley y en los convenios colectivos de trabajo. Se trata de un deber adicional, que se agrega al cumplimiento de las obligaciones de fuente legal y de las derivadas del ejercicio de la autonomía colectiva.

En este sentido, es útil interpretar de manera integral los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, evitando sacar de contexto la inclusión de la noción de “debida diligencia”. De acuerdo con el marco general de esos Principios Rectores, el Estado tienen la obligación de proteger a las personas frente a la posible afectación de derechos humanos por parte de las empresas; las empresas deben respetar los derechos humanos concernidos por su actividad, y debe garantizarse el acceso a mecanismos de reparación en caso de abuso de derechos humanos. La obligación estatal de proteger los derechos humanos incluye para los Estados, de acuerdo a los Principios Rectores, los deberes de (entre otros) “adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”, “enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades”, “hacer

⁷ Puede verse, al respecto, Guamán, A. (2021), cap. 2: Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (coords.) (2022).

cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias, “asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas”, “asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades” y “alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos”⁸.

Esto tampoco constituye una gran novedad. Tanto órganos universales como regionales habían llegado a conclusiones similares a partir de obligaciones generales en materia de derechos humanos. Dicho en términos usados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento de su obligación de prevenir la afectación de derechos humanos por particulares, los Estados tienen el deber de regular la actividad de las empresas, y de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de esas regulaciones por parte de las empresas⁹. En sentido similar, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido que los Estados tienen obligaciones de protección, cuando la afectación de los derechos en cuestión, entre ellos los laborales, provenga de la conducta de actores privados, incluidas las empresas¹⁰.

8 Principios Rectores, Principios 1, 2 y 3.

9 Ver, al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ximenes Lopes v. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párrs. 89-90; caso *Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 178; caso *Vera Rojas v. Chile*, sentencia de 1 de octubre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 85-86, 88, 90 y 120-153; caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares v. Brasil*, sentencia de 15 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 149; caso de los *Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) v. Honduras*, sentencia de 31 de agosto de 2021, párrs. 46-49 y 55-57.

10 Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párr. 15; Observación General Nro. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 33 y 35; Observación General Nro. 18, El derecho al trabajo (Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párrs. 22 y 25; Observación General Nro. 23, El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016, párr. 59; Observación general nro. 24, Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 14-22.

Correlativamente, la primera obligación de las empresas para honrar el deber de respetar los derechos humanos es el cumplimiento de las leyes y regulaciones destinadas a proteger esos derechos, incluyendo los derechos humanos de los trabajadores. El comentario que acompaña los Principios Rectores explica que “(l) a responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. *Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos*”¹¹. Es decir, el deber de “debida diligencia” y los demás deberes incluidos bajo el pilar de respeto de los derechos humanos por las empresas se agregan – y por ende no sustituyen ni desplazan – al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la legislación y en otras fuentes relevantes de derecho como los convenios colectivos de trabajo.

Por ejemplo, el derecho humano a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo se operacionaliza a través de leyes laborales y convenios colectivos que establecen, entre otros, el régimen de salarios (teniendo en consideración el salario mínimo), fijan los tiempos de trabajo y los descansos, e incluyen normas y obligaciones en materia de salud y seguridad en el lugar de trabajo. El derecho humano a la seguridad social impone a los empleadores contribuciones en materia de seguridad social y, frecuentemente, el actuar como agente de retención de las contribuciones de los trabajadores. Que la empresa respete esos derechos humanos significa, primeramente, cumplir con esas obligaciones impuestas por la legislación del trabajo y la seguridad social.

6. Aunque ya existe abundante literatura sobre las limitaciones de la noción de “debida diligencia” de la empresa para prevenir el impacto negativo de su actividad sobre los derechos humanos¹², quiero insistir en una en particular – que torna particularmente relevante el recordatorio de que la “debida diligencia” no reemplaza la obligación de cumplir con las leyes destinadas a proteger los derechos humanos

11 Principios Rectores, Principio 11, comentario.

12 Ver, por ejemplo, Barreto Ghione, H. (2022); Deva, S. (2013); Guamán Hernández, A. (2021 y 2022), Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P. (2015).

ante posibles abusos de la empresa.

Dicho en términos generales, el deber de realizar una prospección sobre el posible impacto de su actividad sobre los derechos humanos y de adoptar un plan de prevención corre el riesgo de entrar en tensión con la motivación lucrativa de la empresa – de modo que existe poco incentivo para que la empresa internalice el costo de la “debida diligencia”, porque de ese modo se reduce su lucro. Esta tensión es especialmente aguda cuando la actividad de la empresa consiste justamente en explotar, fabricar o vender productos riesgosos, susceptibles de afectar derechos humanos. Cuesta imaginar qué incentivo tendría una empresa que fabrica y comercializa tabaco, o alimentos con exceso en nutrientes críticos o ultraprocesados que provocan enfermedades no transmisibles, o una empresa extractiva cuya actividad contamina el medio ambiente, para llevar a cabo una tarea minuciosa de prospección y publicidad sobre los impactos sobre derechos humanos que se derivan de su actividad, cuando tal tarea podría conspirar contra los intereses lucrativos de la empresa o le impondría costos adicionales de prevención (entre ellos, advertir sobre los posibles efectos dañinos de los productos que fabrica o comercializa) o aun el retiro del mercado de productos que le generan considerables ganancias. La conducta habitual de tales empresas es exactamente la opuesta: negar que exista evidencia sobre el impacto negativo de sus productos, financiar investigaciones para intentar probar que esa evidencia no existe, atacar las regulaciones estatales que imponen deberes de advertencia (bajo la justificación de la libertad de empresa o la libertad de expresión, por ejemplo), o intentar lavar su imagen con campañas de “responsabilidad social de la empresa” con el propósito de generar percepciones positivas de la empresa o marca¹³. Creo que – al menos en los casos en los que el conflicto de intereses de la empresa es inocultable – hay razones de peso para ser escéptico sobre la utilidad general de la “debida diligencia” o sobre las loas a la autorregulación de la empresa, más aún cuando se las presenta como una panacea que tendría la virtualidad de sustituir la regulación estatal.

7. Probablemente una parte de la confusión que pudo haber generado la inclusión de la noción de “debida diligencia” de las empresas en los Principios Rectores

13 En materia de impacto de la industria sobre la salud y, en particular, sobre los llamados “determinantes comerciales de la salud” ver, por ejemplo, Mialon. M. (2020).

se debe al particular contexto de adopción de ese instrumento. Según la concepción general dominante en el derecho internacional, los principales sujetos de obligaciones en materia de derechos humanos son los Estados. En este esquema, las obligaciones de protección de los titulares de derechos humanos (los seres humanos) frente a las acciones u omisiones de terceros privados, incluidas las empresas, corresponden al Estado. Como dije, se trata principalmente de obligaciones de regulación, supervisión, fiscalización y provisión de recursos que ofrezcan una tutela efectiva frente a las afectaciones que tienen origen en la conducta u omisión de privados. La derivación de obligaciones directas en cabeza de sujetos privados de normas de derecho internacional no está impuesta universalmente por el derecho internacional¹⁴, y depende del ordenamiento y tradición jurídicas nacionales¹⁵. El intento original de los Principios Rectores es el de expandir – matizadamente – esa responsabilidad exclusiva del Estado, afirmando internacionalmente un compromiso de las empresas de respetar los derechos humanos y articulando para ello deberes estatales y deberes empresariales. Pero, como ya he dicho, la asunción de compromisos de respeto de los derechos humanos por parte de las empresas no sustituye, sino que se agrega al deber de cumplir las regulaciones estatales que imponen a las empresas conductas para prevenir la afectación de derechos humanos, incluyendo los laborales.

14 Se trata de una generalización. Existen excepciones – por ejemplo, en el derecho internacional humanitario o el derecho penal internacional.

15 Aunque la forma más corriente de “traducir” obligaciones internacionales del Estado en obligaciones en cabeza de sujetos privados es la adopción de legislación que regule la conducta de los privados, algunos sistemas jurídicos aceptan la aplicación horizontal (*drittwirkung*) de las normas de derechos fundamentales, derivadas de la constitución o de tratados internacionales, entre sujetos privados. Esto supone tres presupuestos: 1) una perspectiva monista en materia de relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional; 2) la idea de un bloque de constitucionalidad, que integre y armonice los derechos fundamentales de fuente constitucional e internacional, o al menos el reconocimiento de una jerarquía supralegal de los tratados internacionales de derechos humanos y de los convenios internacionales del trabajo, y 3) la aceptación de la aplicabilidad de normas de derechos fundamentales entre sujetos privados. Al respecto, puede verse Courtis, C. (2005). Ver también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 24, Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 4: “En algunas jurisdicciones, las personas tienen vías de recurso directo contra las empresas ante las vulneraciones de derechos económicos, sociales y culturales, ya sea para imponer a esas entidades privadas la obligación (negativa) de abstenerse de poner en práctica determinadas conductas o la obligación (positiva) de adoptar ciertas medidas o contribuir a dar efectividad a esos derechos. También hay muchas leyes nacionales destinadas a proteger derechos económicos, sociales y culturales concretos que se aplican de manera directa a las entidades empresariales, por ejemplo, en las esferas de la no discriminación, la prestación de atención de salud, la educación, el medio ambiente, las relaciones laborales y la seguridad del consumidor”.

8. Más aún: la inclusión del deber de “debida diligencia”, como carga adicional a la de cumplir las leyes destinadas a proteger derechos humanos que imponen conductas sobre las empresas, debería, en caso de incumplimiento, generar alguna consecuencia jurídica – de otro modo se trataría de deberes jurídicamente irrelevantes. En ese sentido, el incumplimiento del deber de debida diligencia – tanto del deber de prospección sobre los posibles impactos negativos sobre los derechos humanos que puedan derivarse de la actividad de la empresa, como del de adoptar un plan específico para prevenir o mitigar esos impactos –, cuando tal deber haya sido asumido voluntariamente por la empresa o establecido por la legislación nacional, debería constituir una presunción en contra de la empresa cuando se alegue que su actividad ha tenido un impacto negativo sobre los derechos humanos.

9. Por último, me parece conveniente también aclarar una caracterización errónea que se deriva de algunos documentos internacionales sobre debida diligencia. En algunos documentos, se caracteriza a este deber como una “obligación de no hacer”¹⁶. Probablemente lo que se quiera decir con este uso poco adecuado del término “obligación de no hacer” sea que el sentido de la “debida diligencia” es el de prevenir la ocurrencia de afectaciones a los derechos humanos. Pero es evidente que la “debida diligencia” importa obligaciones de hacer: primero, la de evaluar los posibles impactos negativos sobre los derechos humanos que puedan derivarse de la actividad de la empresa y, segundo, la de elaborar un plan para prevenir o mitigar esos impactos. Es claro que evaluar esos impactos y elaborar un plan no constituyen obligaciones negativas o de abstención, sino obligaciones positivas, de acción o de hacer – ninguna evaluación ni plan se concretan en una mera abstención.

En cuanto a la caracterización de la debida diligencia como una “obligación de medio” y no de “resultado”, es relativamente inocua si se recuerda – nuevamente – que el cumplimiento o incumplimiento del deber de debida diligencia por parte de la empresa no sustituye el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de normas destinadas a proteger derechos humanos. Que se cumpla o incumpla la prospección sobre posibles afectaciones a derechos humanos por la actividad de la empresa y la adopción

16 Ver Barreto Ghione, H. (2022).

e implementación de un plan al respecto no empece la responsabilidad de la empresa por incumplimiento de obligaciones de resultado, cuando la legislación la imponga. Por ejemplo, si la legislación establece la responsabilidad objetiva de la empresa por accidentes y enfermedades laborales, es decir, la responsabilidad de la empresa por la producción de un resultado que afecta derechos humanos tales como los derechos a la vida, salud e integridad personal, el previo cumplimiento de la obligación de “debida diligencia” (como una obligación de medios) es completamente irrelevante. Como dije antes, es más bien su incumplimiento el que podría derivar en una presunción contra la empresa en la evaluación de la obligación de resultado de prevenir los accidentes y enfermedades laborales. Así, el incumplimiento de la prospección cuando la empresa se comprometió voluntariamente a realizarla o cuando la legislación la haya impuesto, la falta de identificación de riesgos en materia de salud y seguridad en el trabajo en la prospección, la omisión de adopción de un plan para prevenir los riesgos cuando se los haya identificado en la prospección, o la falta de cumplimiento del propio plan de prevención adoptado por la empresa podrían obrar como indicio o presunción para agravar la responsabilidad de la empresa por el incumplimiento de la obligación de prevenir afectaciones a la vida, salud e integridad personal en el ámbito laboral.

Un ejemplo real puede ilustrar mejor el punto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de analizar, en el caso de los *Buzos Miskitos*¹⁷, una situación de explotación laboral por parte de empresas pesqueras a buzos dedicados a la pesca submarina artesanal, con grave incumplimiento de obligaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo en una actividad particularmente riesgosa para la vida y la salud de los trabajadores. Aunque la Corte Interamericana cita expresamente los Principios Rectores¹⁸, y menciona la cuestión de la “debida diligencia”¹⁹, es evidente que el tribunal se enfoca en el incumplimiento por parte de las empresas de las obligaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo impuestas por la ley – y en su falta de supervisión o fiscalización por parte del Estado

17 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los *Buzos Miskitos*, cit.

18 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ídem*, párrs. 47-49. No entro aquí a valorar cuán útil o pertinente es el uso de los Principios Rectores por parte de la Corte – este punto merecería una discusión separada.

19 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ídem*, párrs. 47, 49, 105 y 138.

–, por sobre cualquier consideración sobre el deber de “debida diligencia”, cuyo previo cumplimiento o incumplimiento en el caso hubiera sido irrelevante dados los efectos sobre la vida y la salud de los trabajadores documentados en el caso²⁰. El orden de las reparaciones dictadas por la Corte a efectos de fortalecer la supervisión y fiscalización en tierra y en alta mar de las empresas pesqueras es significativo al respecto:

“138. Al respecto, este Tribunal advierte que el “Programa Permanente de Fiscalización y Supervisión de la Pesca por Buceo”, y el “Programa de Certificación de Pesca Segura” están dirigidos a lograr la verificación de a) *la aplicación de la normatividad en materia de pesca submarina*, b) *el cumplimiento de las obligaciones laborales de los empleadores*, y c) los procesos de pesca e industrialización de los productos extraídos. En ese sentido, la Corte dispone que, *además de la elaboración de dichos planes*, el Estado deberá adecuar su regulación en materia de pesca *estableciendo la obligación de las empresas pesqueras de adoptar políticas en materia de derechos humanos, procesos de diligencia debida*, y procesos que permitan reparar las violaciones a los derechos humanos, en consideración a los estándares previamente señalados en la presente Sentencia”.²¹

Como puede verse, la Corte comienza subrayando la necesidad de aplicación de las normas en materia de pesca submarina y el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleadores y, *adicionalmente*, dispone la imposición por parte del Estado a las empresas de adoptar políticas en materia de derechos humanos y procesos de debida diligencia. Parece claro que, para el tribunal, los procesos de debida diligencia son un medio preventivo adicional, destinado a reforzar la obligación de cumplir con las regulaciones laborales – y no un sustituto de su cumplimiento. La obligación de medios (establecer procesos de diligencia debida para las empresas) no desplaza la obligación de resultados (prevenir y reparar los accidentes y enfermedades

20 Cabe señalar que la adopción de los Principios Rectores fue posterior a los hechos del caso. Sin embargo, la Corte los cita para reforzar su interpretación sobre las obligaciones estatales de regulación, supervisión y fiscalización sobre empresas privadas, y para identificar garantías de no repetición entre las reparaciones ordenadas. Es menester recordar también que la jurisdicción de la Corte Interamericana solo alcanza la responsabilidad del Estado, y no la de la empresa – cuyos incumplimientos de la legislación laboral son sin embargo un componente clave para evaluar el cumplimiento del deber estatal de protección frente a la actividad de la empresa. La situación sería distinta si se tratara de un tribunal nacional con competencia para analizar los incumplimientos de la empresa en materia de salud y seguridad laboral de manera directa.

21 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ídem*, párr. 138.

laborales).

En el mismo sentido: las obligaciones de erradicar el trabajo forzoso o las peores formas de trabajo infantil implican para la empresa una obligación de resultado – no someter a los trabajadores a formas de trabajo forzoso y no emplear niños, niñas o adolescentes en tareas consideradas peores formas de trabajo infantil. El cumplimiento del deber de “debida diligencia” (identificar el trabajo forzoso y el trabajo infantil como posibles riesgos en materia de derechos humanos para la empresa y tener un plan para evitar ese riesgo) es totalmente irrelevante para evaluar la responsabilidad de una empresa que incurre en prácticas de trabajo forzoso o en el empleo de niños, niñas o adolescentes para tareas consideradas como peores formas de trabajo infantil²². Por lo mismo, la falta de cumplimiento del deber de debida diligencia, en línea con los ejemplos presentados en el párrafo anterior, puede operar como una presunción en contra de la empresa que explota el trabajo forzoso o el trabajo infantil.

10. Resumiendo lo dicho en conclusiones sucintas:

a) la noción de debida diligencia puede tener alguna utilidad para identificar riesgos de afectación de la actividad de una empresa (o sector) y para el diseño de un plan que prevenga esas afectaciones. Sin embargo, la utilidad concreta para la identificación de riesgos de afectación en materia de derechos humanos laborales es más bien escasa, ya que no es necesaria mayor prospección para advertir que toda empresa puede afectar los derechos laborales de sus trabajadores. Dejo a salvo la posible utilidad de la adopción de un plan de prevención de esos impactos negativos, ajustados al contexto específico de la empresa.

b) Cabe rescatar, sin embargo, la utilidad de la noción de debida diligencia cuando se trata de identificar riesgos de afectación a derechos humanos,

²² Ver, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil*, sentencia de 20 de octubre de 2016, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). El caso trata la situación de explotación de trabajadores de una hacienda agrícola, en condiciones análogas a las de esclavitud, incluyendo la explotación de niños, niñas y adolescentes. Sobre prohibición de las peores formas de trabajo infantil, ver párrs. 329-333, en los que la Corte ni siquiera aborda la cuestión de la “debida diligencia”, haciendo imputable al Estado la falta de adopción de medidas eficaces para poner fin a la situación de esclavitud y trabajo infantil identificada y para asegurar la rehabilitación e inserción social de las víctimas.

incluidos los laborales, en la cadena de valor de la empresa – insumos, producción, distribución y venta. Esto expande los deberes de respeto de los derechos humanos de la empresa a las posibles afectaciones debidas a la conducta de sus proveedores, compradores, contrapartes o asociadas en la cadena de producción y circulación de los bienes o servicios ofrecidos por la empresa.

c) El deber de “debida diligencia” es adicional y, por ende, no sustituye las obligaciones sustantivas en materia de protección de los derechos humanos en general, y de derechos humanos laborales en particular, impuestas a las empresas por la legislación nacional y por otras fuentes de derecho como la autonomía colectiva. La primera obligación de respeto de los derechos humanos por parte de las empresas es el cumplimiento de esa legislación.

d) El deber de “debida diligencia” entra con frecuencia en tensión con la motivación lucrativa de la empresa. Esta tensión es especialmente aguda cuando la actividad de la empresa consiste justamente en explotar, fabricar o vender productos riesgosos, susceptibles de afectar derechos humanos. Es importante tomar en consideración estas limitaciones de la “debida diligencia” para no exagerar sus predicadas virtudes, y para subrayar la necesidad de fortalecer la regulación y la fiscalización estatal.

e) El cumplimiento del deber de debida diligencia es irrelevante para evaluar el cumplimiento de las obligaciones sustantivas impuestas a la empresa por la legislación y otras fuentes normativas en materia de derechos humanos en general y en materia de derechos humanos laborales en particular. Su incumplimiento, sin embargo, debería traducirse en un indicio o presunción para afirmar la responsabilidad de la empresa por incumplimiento de las obligaciones sustantivas a su cargo.

f) El deber de debida diligencia impone a la empresa obligaciones de hacer – la prospección sobre los potenciales impactos de derechos humanos que se deriven de su actividad, y la adopción de un plan para prevenir esos impactos. Ambos extremos requieren la acción de la empresa, no la abstención.

g) La calificación del deber de diligencia como obligación de medio no obsta la responsabilidad de la empresa en caso de incumplimiento de obligaciones de resultado impuestas por la legislación o por otras fuentes normativas.

Bibliografía

Barreto Ghione, H. (2022), "Limitaciones de la noción de diligencia debida en materia laboral. Comentarios a la reciente Resolución del Parlamento Europeo", en: Derecho Laboral,

Courtis, C. (2005), "La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares", en: Baigún, D. et al., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 809-826.

Deva, S. (2013), "Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles", en: Deva, S. y Bilchitz, D. (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Nueva York: Cambridge University Press, pp. 78-104.

Guamán Hernández, A. (2021), *Debida diligencia en derechos humanos: posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Guamán Hernandez, A. (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, en Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, N° 88.

Gómez Muñoz, J. y Mamian Mosquera, J. (2021), "Responsabilidad internacional del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a derechos humanos cometidas por particulares", en: Justicia y Derecho, Volumen 9, Enero-Diciembre de 2021, pp. 36-53.

Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P. (2015), *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*, Barcelona: Icaria.

Medina Ardila, F. (2009), "La Responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares:

análisis jurisprudencial interamericano", en: Debate Interamericano, Vol. 1, Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, pp. 83-122.

Mialon, M. (2020), "An overview of the commercial determinants of health", en: Global Health 16, 74.

Naciones Unidas, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, "Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos", adjuntos a su informe final al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011).

Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J. B. (coords.) (2022), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Madrid: Aranzadi.