¿Qué luces nos puede brindar el análisis general del estándar de debida diligencia en el derecho internacional en el campo de los derechos humanos y las empresas?

By:

Nicolas Carrillo Santarelli

By Nicolás Carrillo Santarelli* June 10, 2020

¿Qué luces nos puede brindar el análisis general del estándar de debida diligencia en el derecho internacional en el campo de los derechos humanos y las empresas?

What light can the general standards of due diligence in International Law shed upon the Business and Human Rights field?

English summary

Due diligence can be required under both legal and extra-legal understandings. It has had a long presence in international law, under different regimes, offering a flexible approach that demands reasonable responses in light of the concrete circumstances. However, because of its actual demands depending on primary law, how it is and will be made operative in business and human rights law cases will depend much on its understanding, negotiations and law-making. Thus, it is important to identify risks of a “weak” multi-level adoption due to potential “corporate or economic capture” and other dynamics.

Keywords:

Derecho Internacional / debida diligencia/ Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos

Introducción

La expresión debida diligencia se ha convertido, probablemente, en una de las más fácilmente identificables y comúnmente empleadas en las discusiones sobre empresas y derechos humanos (EDH). De hecho, es un elemento transversal a los llamados tres pilares del mismo campo, pues si bien constituye un factor de análisis de *algunas* de las responsabilidades empresariales, no puede negarse que el cumplimiento de los deberes estatales de protección también entraña un análisis de obligaciones de medio o de debida diligencia. Además, cuando se generen responsabilidades empresariales como consecuencia de una infracción de deberes propios procede su reparación o que, cuando el Estado haya sido negligente, también se activa a su cargo el deber de reparar. Incluso cuando el Estado no haya sido responsable en relación con una violación empresarial determinada, debe esforzarse diligentemente por identificar e imponer consecuencias jurídicas a los actores económicos involucrados.

Desarrollos históricos sobre la debida diligencia

Dicho lo anterior, no puede ignorarse que algunos de los desarrollos del marco tripartito de Ruggie y de los Principios Rectores, se basan en desarrollos en curso o preexistentes en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Tampoco se puede ignorar que la debida diligencia no constituye un estándar circunscrito de forma exclusiva a este régimen, encontrándose

también en ámbitos como el derecho diplomático, el derecho del mar, las normas de lucha contra el terrorismo, el derecho medioambiental, entre otros.

De hecho, se considera que el mismo Grocio tuvo en cuenta consideraciones sobre debida diligencia, que existían en el derecho romano y el *Common aw*, entre otros sistemas; así como en acuerdos (ej. tratado de Washington) y arbitrajes internacionales del siglo XIX, como Wipperman o Alabama, en los cuales ya se aplicaba este estándar. Además, la Corte Internacional de Justicia lo ha tenido en cuenta en casos famosos como los del estrecho de Corfú o *Pulp Mills*, entre otros.

Debida diligencia en Derecho Internacional, y su aplicación para el campo de empresas y derechos humanos

La doctrina (que, junto a la práctica de órganos de supervisión, ha sido quizás más explícita que la práctica estatal en la identificación de los contornos del estándar) ha considerado el principio de debida diligencia en su expresión genérica no está en conflicto con manifestaciones más concretas como las que puedan existir en ámbitos como el de EDH. Incluso se podría argumentar que manifestaciones del estándar de conducta en cuestión en un campo concreto no serían *lex specialis*, en tanto no hay un principio general de debida diligencia que se aplique por defecto al análisis de la responsabilidad de los destinatarios del derecho internacional [ILA Study Group on Due Diligence in International Law, Second Report, 2016].

Sin embargo, resulta útil tener en cuenta las consideraciones de la debida diligencia en el derecho internacional general, para deducir cómo puede expresarse en el ámbito concreto de EDH e identificar cómo, en últimas, al depender de una regla primaria, gran parte de lo que se establezca en eventuales reglas de armonización o unificación, directas o indirectas, dependerá de la política, las negociaciones y las interpretaciones que se le puedan dar.

Cabe anotar al respecto que, según indicó John H. Knox, además de la *posibilidad* de que el derecho internacional regule directamente conductas no estatales como las empresariales, puede que el mismo afecte indirectamente

su conducta al exigir a los Estados prevenir y responder a ciertos comportamientos no estatales, por ejemplo en términos de establecer prohibiciones o respuestas en el ámbito interno. Es por este motivo que en ocasiones se enfatiza la importancia de la internalización, aculturación o generación de nuevas prácticas en relación con la debida diligencia que pueden encontrar su origen en exigencias o estándares internacionales.

Lo anterior puede hacerse de forma general o indicando específicamente qué actores o conductas han de tenerse en cuenta. Por ejemplo, en su reciente informe sobre EDH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que los Estados *deben* establecer estándares internos sobre debida diligencia (adecuación normativa e institucional que constituye un deber de resultado), recomendando a las empresas comportarse bajo un estándar especifico de diligencia. Esto es importante, debido al hecho de que si bien la debida diligencia establece un deber de medio, y el derecho primario puede exigirlo frente a abusos no estatales potenciales, el mismo también puede exigir deberes de resultado en relación con conductas de ciertos actores no estatales, como por ejemplo de contar con órganos competentes para investigar contravenciones.[1] Esto complementaría una exigencia de estándar de conducta diligente al momento de actuar para prevenir y responder a abusos concretos.

Por otra parte, esto nos recuerda la importancia de los modelos multinivel, en términos de sistemas normativos y de gobernanza, para poder proteger a las víctimas. Además, cabe tener en cuenta que una visión panorámica generalista puede contribuir a integrar e identificar elementos que perspectivas híper-especializadas sobre un régimen particular quizás ignoren.

Régimen de responsabilidad: Más allá de la debida diligencia

Un aspecto central que puede mencionarse consiste en la afirmación de que la responsabilidad en términos de debida diligencia no es la única posibilidad que existe en el derecho internacional. Ha de recordarse, por una parte, que la dimensión objetiva de la responsabilidad internacional determina que la misma no puede existir sin una contravención de una obligación (atribuible, según el factor subjetivo) que vincule a un destinatario en concreto. Por ende, habrá que

indagar ineludiblemente qué dice una obligación tal, regulada en una norma primaria. Al respecto, conviene recordar que la Comisión de Derecho Internacional ha manifestado que existen múltiples posibilidades en términos de exigencia obligacional de comportamientos, al no existir un modelo único, por defecto o predeterminado, en términos de deberes de medio o de resultado, o de responsabilidad objetiva o no[2].

En últimas, habrá que examinar qué dice en concreto *cada* norma primaria para entender qué se le exige a *sus*destinatarios, que no necesariamente se limitan a los Estados y serán aquellos identificados como tales por quienes tengan la facultad de crear el derecho internacional en los procesos colectivos de su generación. No puede ignorarse que en la práctica los Estados u otros sujetos con poder de crear normas internacionales pueden verse influenciados por parte de presiones o "incentivos" provenientes de diversos actores sub-estatales, transnacionales o de otra naturaleza. En consecuencia, ante la posibilidad de que haya influencia o incluso "captura" corporativa; y ante el hecho de que el estándar de conducta obligacional exigida en concreto dependerá de lo que se regule (sujeto a cambios ulteriores), es importante asegurar transparencia, publicidad y pesos y contrapesos en los escenarios de negociación y legislación. Esto no sólo brindará mayor legitimidad procesal (en términos de Franck) a la creación normativa, sino que además puede ofrecer mayores garantías de adecuación a las expectativas y exigencias sociales de las personas afectadas.

Si bien el hecho de que determinada obligación internacional exija debida diligencia u otro estándar, dependerá de lo que se determine en una obligación concreta. A su vez, un estudio de derecho internacional general comparado señala que lo exigido por un estándar de debida diligencia puede variar según lo que establezca la norma primaria aplicable (y su interpretación) a la luz de cada caso concreto y sus circunstancias particulares. Ello es así por las siguientes razones: porque es posible que el derecho primario tenga en cuenta factores como la capacidad económica, la relevancia de los bienes jurídicos o intereses en juego (ej. protección del personal diplomático), el nivel de riesgo o la gravedad de una conducta (ej. constitutiva de genocidio), entre otros, como factores que modulen o no la diligencia exigida. Esto podría hacer más intensa la exigencia en casos como aquellos en los que se cree un riesgo por el

obligado (según se observa en el caso Pueblo Bello contra Colombia [párr. 126]); o a efectos de permitir una diferenciación de lo exigido (en términos de medio) a los distintos entes obligados, según se aprecia a la luz del criterio de responsabilidades comunes pero diferenciadas en *algunas* normas y regímenes medioambientales. Por el contrario, en ocasiones se rechaza la posibilidad de modulaciones que flexibilicen lo exigido, como ocurre frente a ciertas obligaciones de derecho del mar.

La debida diligencia en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos

En el ámbito de EDH, el Principio 14 de los Principios Rectores permite apreciar una modulación o flexibilidad tal que compagine exigencias generales con especificidades: si bien toda empresa tiene responsabilidades, algunos factores influyen en la diligencia exigible a cada una en cada caso concreto. En la doctrina se ha dicho que la posibilidad de tener en cuenta variaciones subjetivas o, por el contrario, un rasero único obedece a tensiones entre la apreciación de diferencias en términos de capacidades y exigencias frente a la importancia de proteger intereses comunes. Dicho esto, con independencia de que se admitan o no variaciones de forma expresa en una norma o con base en interpretaciones e identificaciones en el devenir de la práctica, la debida diligencia se basa en apreciaciones sobre lo que es razonablemente exigible a la luz de los recursos disponibles frente a amenazas que se conocen o *deberían* haberse (razonablemente, de nuevo) conocido.

Esta exigencia, dicho sea de paso, es "constante" (*ongoing*), y no puede decirse que como un actor se comportó de forma diligente en cierto momento deja de exigírsele obrar de forma tal en un futuro a efectos de identificar de forma diligente qué debe hacer. Este criterio de "dos pasos" en términos de "fact-finding required to inform a particular course of conduct", es *una* de las exigencias de la debida diligencia, junto a otras como la identificación, prevención o mitigación de riesgos y la reparación y rendición de cuentas, que se derivan de la exigencia de esfuerzos razonables exigidos.

Este criterio de prudencia, que tiene en cuenta capacidades, se guía entonces por el criterio "de oro" de lo razonable o la razonabilidad, y admite una

flexibilización que tenga en cuenta situaciones concretas que le dotan de un "sex appeal". El atractivo, no obstante, no se limita a lo anterior, sino que se combina con el hecho de que la debida diligencia alude a un estándar de conducta exigido "externo", que no depende de las propias prácticas internas y, por ello, no se presta a manipulaciones del sujeto obligado para diluir sus deberes argumentando que siempre ha obrado en determinado modo.

Otro aspecto importante que cabe mencionar es que la debida diligencia suele predicarse de obligaciones "positivas". Esto es así porque el deber de respeto o de abstenerse de afectar el goce y ejercicio de derechos humanos se contraviene de forma automática cuando se presenta un irrespeto tal, sin que quepa invocar el haber supuestamente obrado de forma "diligente" para evadir responsabilidades. Esto se infiere del Principio Rector 13, que distingue aspectos de resultado frente al respeto ("eviten") de aquellos exigiendo esfuerzos ("traten de prevenir o mitigar" [subrayado añadido]), como explican claramente Bonnitcha y McCorquodale. Lo anterior indica, adicionalmente, que no toda responsabilidad empresarial se ha de entender como basada en un modelo de medios; y que cuando se contraviene el deber de respeto una empresa no puede decir que cumplió con cierto listado de acciones diligentes para evadir responsabilidades.

Hasta el momento se ha hablado de debida diligencia empresarial en términos de influencia o relación con terceros. Sin embargo, nada impide que en un futuro pueda hablarse de debida diligencia incluso cuando no haya terceros involucrados (el derecho internacional exige, por ejemplo en relación con cuestiones medioambientales, esfuerzos para evitar daños significativos o graves no causados por particulares). El que ello exista dependerá de los cambios en el derecho (consuetudinario, convencional o de otra índole) y su aplicación e interpretación por parte de órganos supervisores. Por ejemplo, el tribunal arbitral del CIADI que resolvió el caso Urbaser se limitó a reconocer en el estadio actual posibles deberes empresariales de abstención [párrs. 1159, 1194-1210], donde se distingue entre obligaciones de hacer y no hacer, que a mi juicio no es tan tajante pues creo que ya hay ciertas obligaciones de diligencia ya existentes. Pero incluso en sede de apelación en el caso Kiobel se admitió que los deberes *de lege lata* de las empresas pueden variar en un futuro.

Antes de concluir, es importante señalar que al igual que puede decirse que las responsabilidades no son siempre y necesariamente jurídicas, según han explicado autores como Bin Cheng, la debida diligencia no sólo se puede entender en términos jurídicos, sino que además puede abarcar también otras disciplinas y ámbitos en las que se emplea en términos de una conducta prudente para evitar riesgos. Además, el hecho de que la debida diligencia se mencione por el derecho tampoco ha de suponer necesariamente que se extraen responsabilidades jurídicas de su desconocimiento: un estudio comparado indica que, por ejemplo, el Modern Slavery Act del Reino Unido, a pesar de exigir informar sobre la adopción de políticas y medidas, no ofrece en si una acción o generación de responsabilidades por su contravención.

Conclusiones

¿Qué nos dice todo lo anterior? Que, en cuanto a las empresas y derechos humanos, lo que se negocie, decida por órganos supervisores o legisle, interna o internacionalmente, será crucial: por ejemplo, admitiendo o no modulaciones o estableciendo o no responsabilidades jurídicas; y reconociendo de forma internacional directa deberes *jurídicos* (que no generados formal y directamente por los Principios Rectores) al respecto o, cuando menos (se espera) la exigencia *indirecta* de que ellos sean contemplados internamente. Evidentemente, dados los posibles saltos de jurisdicción o elusión de control mediante operaciones transnacionales o figuras de derecho privado, como muy bien identificaron la Comisión Interamericana y participantes frente al Grupo de Trabajo de la ONU, son necesarias la cooperación y herramientas adicionales a las de los órdenes internos actuando aisladamente, si lo que se quiere es proteger a las personas, cuya protección ha de ser el punto de partida en todo análisis en el ámbito examinado. * Investigador del Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey. Twitter: @NicolasCS [1] Texto original: “maintenance of competent investigatory bodies…That the investigation be effective is a duty of due diligence” [2] Texto original: “Whether responsibility is “objective” or “subjective” in this sense depends on the circumstances, including the content of the primary obligation in question. The articles lay down no general rule in that regard”.

View online: ¿Qué luces nos puede brindar el análisis general del estándar de debida diligencia en el derecho internacional en el campo de los derechos

humanos y las empresas?

Provided by Afronomicslaw