

Wilfredo Sanguinetti Raymond

La Diligencia Debida en Materia de Derechos Humanos Laborales*

Contents: **1.** El carácter político y no exclusivamente técnico de los procesos de elaboración de las normas y prácticas de diligencia debida de las empresas como premisa. **2.** La diligencia debida en materia de derechos humanos laborales: una noción por construir. **3.** Rasgos y requisitos esenciales de la dimensión laboral de la diligencia debida. **3.1.** Aplicación al conjunto de derechos humanos laborales reconocidos internacionalmente. **3.2.** Proyección hacia las cadenas de valor de las empresas de dimensión global y trazabilidad y transparencia de estas. **3.3.** Especial atención a la prevención de los impactos indirectos sobre los derechos protegidos y sus causas profundas. **3.4.** Participación significativa de los representantes de los trabajadores en el diseño, la aplicación y el control de las políticas y medidas de diligencia debida. **3.5.** Consideración de la no aplicación o la aplicación deficiente de los procesos de diligencia debida como fuente de responsabilidad administrativa y civil de las empresas.

1. El carácter político y no exclusivamente técnico de los procesos de elaboración de las normas y prácticas de diligencia debida de las empresas como premisa

En los últimos años hemos asistido a un sorprendente ascenso, puede decirse incluso que a una “marcha triunfal”, de la noción de diligencia debida en materia de derechos humanos, que contrasta con el limitado valor normativo de los instrumentos internacionales a través de los cuales se produjo

* La publicación de este artículo forma parte de las actividades del Proyecto de Investigación “La construcción transnacional del Derecho del Trabajo: de la pirámide a la red. La contribución española” (TRANSLAB, ref. PID2019-104809GB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033). El texto será publicado próximamente en la obra colectiva SANGUINETI RAYMOND, VIVERO SERRANO, *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*, La Ley Aranzadi, 2024.

su lanzamiento en 2011¹. Al extremo de haberse llegado a afirmar que la diligencia debida se ha convertido en la “nueva *lingua franca*” del discurso en torno a la responsabilidad de respetar los derechos humanos en el mundo de los negocios², a la vez que en un parámetro imprescindible de valoración de cualquier iniciativa empresarial dirigida a este objetivo.

La pregunta que sugiere este inusitado avance no es otra que la siguiente: ¿cómo es posible que un concepto acuñado tan poco tiempo atrás, cuyo origen hay que rastrearlo en el ámbito de la gestión de los riesgos empresariales, haya terminado por convertirse en un marco tan influyente, o incluso dominante, a los efectos de conceptualizar y hacer operativa esa responsabilidad por parte de las empresas?³

Como he tenido la ocasión de explicar con más detalle en otro lugar⁴, son varias las razones que explican el éxito fulgurante de la diligencia debida. Buena parte de ellas se vinculan con su aptitud para actuar como soporte regulador de los comportamientos susceptibles de ser puestos en marcha por las empresas para prevenir impactos negativos sobre los derechos protegidos, en especial debido a su singular enfoque proactivo *ex ante* en vez de *ex post*, que permite poner la entera organización de las mismas al servicio de su protección⁵, y a su notoria “plasticidad”⁶, que hace posible que su contenido

¹ Me refiero, como es de sobra conocido, a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Estas últimas denominadas, luego de su revisión del año 2023, Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre la Conducta Empresarial Responsable.

² DEVA, *Mandatory human rights due diligence laws in Europe: A mirage for rightsholders?*, en *LJIL*, 2023, n. 36, pp. 389-390.

³ Reproduzco aquí la pregunta formulada por LANDAU, en su estudio *Human Rights Due Diligence and Labour Governance*, pp. 3-4 del original inédito de próxima publicación por Oxford University Press puesto amablemente a mi disposición por la autora para la preparación de este trabajo. Un gesto por el que deseo dejar expresa constancia aquí de mi gratitud.

⁴ Permítaseme esta referencia inicial a mi *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo. La génesis de un estatuto para el trabajo global*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2022, especialmente pp. 155-156. Muchas de las ideas de base que se expondrán en las páginas siguientes tienen su punto de arranque en esta obra, a la que remito para un desarrollo más profundo y documentado de lo que aquí se dirá de manera sintética.

⁵ Como apuntan, DAUGAREILH, D’AMBROSIO, SACHS, *La ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica*, en SANGUINETI RAYMOND (Dir.), *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021, pp. 115-116.

⁶ D’AMBROSIO, *Le devoir de vigilance: une innovation juridique entre continuités et ruptures*, en *DrSoc*, 2020, n. 106, p. 633 ss.; D’AMBROSIO, BARRAUD DE LAGERIE, *La responsabilité des entreprises reformulée par la loi: un regard pluridisciplinaire*, en *DrSoc*, 2020, n. 106, p. 637.

se adapte a los riesgos y situaciones particulares de cada sector de actividad y de cada empresa, modulando además el grado de intervención de los sujetos empresariales en función de su nivel de influencia sobre la situación en cada caso considerada. No obstante, tampoco puede dejar de indicarse que detrás del amplio apoyo concitado por el concepto, que se extiende no solo al espacio de las organizaciones internacionales que lo lanzaron sino a los agentes empresariales y sindicales globales, las organizaciones de defensa de los derechos humanos y los gobiernos de la mayor parte de los Estados sede de las grandes corporaciones, se encuentra también su evidente, y muy posiblemente deliberada, ambigüedad, que permite que cada uno de estos sujetos pueda prestarle su apoyo a partir de una comprensión de su contenido y sus implicaciones no necesariamente coincidente con la de los demás.

La diligencia debida constituye, como se ha afirmado, un concepto capaz de ser interpretado y operacionalizado, es decir definido a través de variables medibles, de formas muy diversas⁷, dependiendo del sujeto que se aproxime a él y los intereses que sostengan su intervención. Esto implica que no nos encontramos ante una regla de conducta fija, que pueda ser aplicada de forma clara y definida, sino frente a un amplio estándar normativo, que requiere de una posterior elaboración, desarrollo e interpretación. Siendo, precisamente, estos procesos posteriores de elaboración, o más bien de reelaboración, desarrollo e interpretación, los que determinarán finalmente su utilidad para la tutela de los intereses de los titulares de los derechos protegidos⁸.

De ahí que el consenso alcanzado en torno a la noción de diligencia debida deba ser considerado más un *punto de partida* para la construcción de un sistema de garantía transnacional de los derechos humanos, que un punto de llegada en sentido estricto, puesto que su posterior aplicación es capaz de cobijar interpretaciones muy distintas y hasta antagónicas de su contenido, basculantes por lo general entre dos extremos: una interpretación de carácter tecnocrático, que la concibe como una herramienta de gestión de los riesgos empresariales que debe estar sujeta al control de las empresas que la ponen en marcha y sus directivos, y otra de fondo humanista, que pone el acento

⁷ Según destaca LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, cit., p. 7.

⁸ Como apuntan MARSHALL *et al.*, *Mandatory Human Rights Due Diligence. Risks and Opportunities for Workers and Unions*, RMIT University Business and Human Rights Centre, TraffLab ERC, Labour, Equality and Human Rights research group y Monash Business School, 2023, p. 11. Texto disponible en: https://media.business-humanrights.org/media/documents/TraffLabReport_March23.pdf.

en la protección de los derechos humanos y la participación de sus titulares en su puesta en marcha y aplicación⁹.

Si lo que se acaba de apuntar es correcto, no es posible considerar la elaboración de las normas y las prácticas en las que se concreta la diligencia debida como una operación exclusivamente técnica. Antes bien, ambas poseen una inocultable *dimensión política*, que se relaciona con la determinación de los espacios o escenarios en los que se lleva a cabo su elaboración, los actores que son incluidos y excluidos de los correspondientes procesos reguladores y los componentes, enfoques y posibilidades de regulación que se introducen o no en ellos¹⁰. Pudiendo ser el resultado final, medido tanto en términos formales como de efectividad para la consecución de los objetivos que han conducido a la construcción del concepto, muy distinto en función de las respuestas que se haya terminado por dar a cada una de las antes referidas variables.

La comprensión de esta realidad resulta indispensable para el adecuado encuadramiento de la materia que será objeto de análisis en las páginas siguientes.

2. *La diligencia debida en materia de derechos humanos laborales: una noción por construir*

Partiendo de esta premisa, el presente estudio se propone llevar a cabo una reconstrucción de lo que puede denominarse la *dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*, entendida como el estándar de conducta que ha de guiar el cumplimiento por las empresas, y en particular por las de dimensión global, de su obligación internacional de respetar los derechos humanos atribuidos de forma singular por las normas internacionales a los trabajadores que intervienen en sus propias actividades o prestan servicios para los socios comerciales y las empresas que se integran sus cadenas de valor localizadas en todo el planeta.

Lo anterior equivale a proponerse determinar cuáles han de ser los alcances de la diligencia debida que han de desarrollar las empresas para pre-

⁹ De acuerdo con la descripción que hace LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, cit., p. 5, de las dos “lógicas irreconciliables” con arreglo a las cuales puede concebirse e instrumentalizarse la diligencia debida.

¹⁰ Nuevamente, LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, cit., p. 14.

venir la materialización de impactos negativos sobre los derechos humanos de contenido laboral en el conjunto de sus actividades a nivel global. Es decir, en tanto herramienta o componente necesario de un nuevo sistema de gobernanza global del mundo del trabajo, o de un nuevo *Derecho Transnacional del Trabajo*, actualmente en fase de formación, cuyo cometido es hacer posible la aplicación de esos derechos en los procesos productivos desarrollados por las empresas, directamente o contando con la participación de terceros, en cualquier espacio del globo¹¹. Teniendo en cuenta para ello el carácter político y no exclusivamente técnico de este proceso de rellenado de contenidos del que se ha dado cuenta, y los objetivos que, de acuerdo con los instrumentos internacionales creadores de la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, han de guiar la actuación de las empresas, con la consiguiente colocación de los intereses de los titulares de estos derechos, en nuestro caso los trabajadores, y no de las empresas, en el centro de los correspondientes procesos de diligencia debida¹². Y sin perder de vista la ineludible exigencia de efectividad que, a la vista de estos objetivos, han satisfacer los mecanismos que se construyan para su aplicación¹³.

Esta es una tarea que debería estar realizada, o al menos bastante avanzada, desde hace mucho tiempo. A fin y al cabo, la protección de los derechos laborales se encuentra en el origen de la demanda social de responsabilización de las empresas por las consecuencias de sus operaciones en todo el orbe, así como de la introducción del concepto de diligencia debida como herramienta para hacerla efectiva. De hecho, fueron las denuncias de graves vulneraciones de los derechos laborales cometidas a lo largo de las cadenas de

¹¹ DAUGAREILH, D'AMBROSIO, SACHS, *cit.*, pp. 115-116.

¹² Sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos como un proceso dirigido a la protección de los intereses de los titulares de los derechos y no, al menos de forma directa y principal, a la prevención de riesgos para las empresas, véase SALMÓN GÁRATE Y LOVÓN, *Un punto de partida esencial: la debida diligencia en el marco de los Principios Rectores*, en *TyD*, 2021, número monográfico 14 sobre *La diligencia debida en materia de derechos humanos laborales*, en especial p. 5, recogiendo una observación ampliamente compartida por los estudiosos del concepto.

¹³ Dado su propósito, la diligencia debida es un mecanismo en el que no solo tienen relevancia los procesos diseñados para su puesta en práctica sino sus resultados. En realidad, la diligencia debida constituye, como apuntan MACCHI, BRIGHT, *Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation*, en BUSCEMI, *et al.*, *Legal sources in business and human rights. Evolving dynamics in International and European Law*, Brill, Leiden, 2020, p. 4, una "norma de conducta" que debe "estar claramente orientada a la consecución de los resultados previstos". Para una amplia recopilación bibliográfica sobre esta cuestión, véase la obra citada en *supra* nota 5, pp. 155-156, nota 524.

producción de las empresas multinacionales las que precipitaron las primeras iniciativas de estas últimas, inspiradas aún en la noción de responsabilidad social corporativa¹⁴, y dieron lugar más tarde al lanzamiento de los instrumentos internacionales sobre la materia¹⁵. Asimismo, han sido las catástrofes industriales producidas en la última etapa, y señaladamente la del edificio Rana Plaza, ocurrida en Daca en 2013, en la que murieron 1.129 trabajadores, principalmente mujeres, las que precipitaron los avances posteriores, tanto en la construcción de instrumentos de control de sus redes de colaboradores más eficaces y sostenibles por parte de las empresas, como en la aprobación de normas estatales reguladoras de las obligaciones empresariales sobre la materia¹⁶.

Nada de lo anterior tendría por qué extrañar, puesto que el espacio más relevante en el que pueden producirse vulneraciones de los derechos humanos con ocasión del desarrollo de las actividades empresariales es el de los procesos de producción. Y en especial el de los de dimensión global, donde la fragmentación productiva, la disociación de responsabilidades y la competencia feroz entre las empresas crean el caldo de cultivo para la materialización de todo tipo de atentados contra los derechos de los trabajadores que intervienen en ellos. La organización de la producción a través de cadenas globales de producción territorialmente fragmentadas multiplica, de tal modo, el riesgo de afectación de los derechos humanos de contenido laboral, convirtiendo a los trabajadores en las principales víctimas potenciales de las

¹⁴ Sobre este proceso y la consiguiente asunción del rol de “guardianes de la globalización” por las casas matrices de las empresas multinacionales como respuesta a la demanda ciudadana, véase FRYDMAN, *Comment penser le droit global?*, en *Série des Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012, n. 1, especialmente p. 19.

¹⁵ Comenzando por el Pacto Mundial de las Naciones Unidas del año 2000 y continuando con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, lanzados por esta organización en 2011, y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, del mismo año, entre otros instrumentos, como la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT luego de su reforma de 2017.

¹⁶ El punto de arranque vendrá dado en este caso por la aprobación de la Ley francesa sobre el deber de vigilancia, aprobada en 2017, a la que sucederán otras iniciativas de propósitos equivalentes adoptadas en los Países Bajos en 2019, Suiza en 2020, y Noruega y Alemania en 2021. Es posible que ninguna de estas normas hubiera sido aprobada sin la conmoción que supuso para la opinión pública mundial esa tragedia y otras similares ocurridas en los últimos años en empresas situadas en destinos remotos que producían para grandes sociedades y marcas europeas.

violaciones de los derechos humanos que pueden tener lugar con ocasión del desarrollo de las actividades de las grandes corporaciones.

A partir de esta constatación no es difícil concluir que su dimensión laboral constituye la faceta más relevante de la diligencia debida en materia de derechos humanos. Y, por tanto, el espacio donde en última instancia se juega su eficacia – o la falta de ella – a nivel global.

A pesar de ello, hasta el momento no existe un desarrollo suficiente de este aspecto de la diligencia debida específicamente ligado a los derechos humanos de contenido laboral y la singular problemática planteada por su tutela, ni a nivel de la reflexión académica, ni tampoco a nivel normativo¹⁷. De hecho, el propio concepto de *diligencia debida en materia de derechos humanos laborales* no existió en la literatura jurídica hasta hace no demasiado tiempo¹⁸, no siendo abundantes los estudios monográficamente dedicados a la materia¹⁹. Sin que este déficit sea remediado por los instrumentos internacionales y las normas nacionales que desarrollan los alcances de la diligencia debida, que tienen en los derechos laborales uno de sus puntos de referencia, pero no suelen incluir previsión alguna sobre la manera como esta debe ser aplicada para su tutela. Si acaso, es a nivel de los instrumentos desarrollados por las empresas para el control de sus procesos productivos globales, por su propia naturaleza más próximos al terreno, donde la atención al

¹⁷ Por más que existan muy meritorios y abundantes estudios, especialmente elaborados desde la perspectiva del Derecho Internacional, sobre el rol de la diligencia debida en la tutela de los derechos humanos en general. Entre ellos, por citar uno de los primeros en lengua castellana, véase MARTÍN-ORTEGA, *La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos. Un nuevo estándar para una nueva responsabilidad*, en ZAMORA CABOT, GARCÍA CÍVICO, SALES PALLARÉS (Coordinadores), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Universidad de Alcalá, 2013, pp. 167-192. Un meritorio texto construido “con ojos de laboralista” pero adoptando una perspectiva igualmente general es el de GUAMÁN HERNÁNDEZ, *Diligencia debida en derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

¹⁸ Como apuntaría en su momento BUENO, *Multinational enterprises and labour rights: concepts and implementation*, en BELLACE, TER HAAR, *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights*, Elgar Publishing, Londres, 2019, pp. 421-438, quien propone su adopción.

¹⁹ Véase TREBILCOCK, *Due diligence on labour issues. Opportunities and Limits of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, en BLACKETT, TREBILCOCK (Eds.), *Research Handbook on Transnational Labour Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, pp. 93-107. Con posterioridad puede mencionarse el estudio de BUENO, *cit.*, que abre una línea autónoma de reflexión sobre el problema, y los trabajos de MARSHALL *et al.* e LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, *cit.*, referidos en *supra* notas 9 y 4, respectivamente, dedicados a profundizar sobre la cuestión.

respeto de los derechos laborales por sus filiales y socios comerciales es objeto de especial atención. Muestra de ello son, en particular, un bloque de códigos de conducta para proveedores y contratistas y acuerdos marco con proyección a las cadenas de valor de las empresas que se ocupan de llevar a cabo un desarrollo del contenido de los derechos laborales cuyo respeto se comprometen a exigir en sus relaciones comerciales y diseñan herramientas para hacerlo efectivo²⁰.

A la vista de lo anterior, no puede sino concluirse que la reconstrucción de la dimensión laboral de la diligencia debida constituye en la actualidad una tarea en buena medida pendiente de realización. Pero, a la vez, de particular importancia para la delimitación de los contornos de la diligencia debida exigible a las empresas en relación con estos derechos.

Esta es, por lo demás, una tarea impostergable. No debemos perder de vista que, conforme se ha puesto de manifiesto con sentido crítico, la importantísima asimilación de la que ha sido objeto la diligencia debida, tanto a nivel internacional como interno, en especial en los países sede de las grandes corporaciones, no ha venido necesariamente acompañada de un nivel equivalente de aplicación práctica de sus contenidos por las empresas²¹, ni ha permitido advertir un progreso especialmente significativo en el nivel de respeto de los derechos protegidos. O, en nuestro caso, una mejora particularmente relevante en las condiciones laborales de los trabajadores de las cadenas de valor situados en el sur global²². De hecho, la capacidad de la diligencia debida para actuar como un instrumento eficaz de tutela de los derechos humanos en general, y de los de naturaleza laboral en particular, se encuentra hoy en buena medida pendiente de ser demostrada. Existiendo quienes tienen fundadas razones para dudar de ella, al menos en la fase actual de su desarrollo²³.

En estas condiciones, antes que poner en cuestión la aptitud o la pertinencia de la diligencia debida como herramienta para promover el respeto

²⁰ Para una presentación y análisis de los instrumentos de este tipo, se remite nuevamente a la obra citada en *supra* nota 5, pp. 45-52 y 62-68.

²¹ Según observan críticamente QUIJANO, LÓPEZ HURTADO, *Rise of Mandatory Human Rights Due Diligence: A Beacon of Hope or a Double-Edge Sword?*, en *BHRJ*, 2021, p. 13.

²² Recientemente, aportado datos que ilustran esta afirmación, MARSHALL *et al.*, *cit.*, p. 6.

²³ Así, LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, *cit.*, especialmente pp. 148-150, pp. 3-4, específicamente respecto de los derechos laborales. Con carácter general, en la misma dirección, DEVA, *cit.*, pp. 398-404.

de los derechos humanos en las actividades empresariales, dado el importantísimo nivel de consenso alcanzado en torno a ella y su indudable maleabilidad, de lo que se trata es de desarrollar una reflexión autónoma sobre las condiciones que deberá reunir su puesta en práctica para alcanzar los objetivos que impulsaron su lanzamiento y justifican su existencia, evitando que esta termine por convertirse, de la mano de desarrollos insuficientes o puestas en práctica deliberadamente vacías, en un mero ejercicio formal de “marcar casillas”, sin efectos reales sobre la situación de los derechos humanos²⁴.

Este es el cometido al que pretenden contribuir las páginas que siguen en relación con los derechos humanos de contenido laboral. Su objetivo es detectar, a la vez, tanto los rasgos diferenciales que asume la diligencia debida cuando debe ser aplicada a la prevención y mitigación de impactos negativos sobre los derechos laborales como las condiciones que debe reunir su regulación o su puesta en práctica por las empresas para estar en condiciones de promover una mejora efectiva del respeto de esos derechos en los procesos productivos de dimensión global, adoptando como punto de partida para este análisis el tratamiento general de la diligencia debida en materia de derechos humanos llevado a cabo por los instrumentos internacionales y en particular por los Principios Rectores de las Naciones Unidas²⁵.

Esta línea de reflexión guarda coherencia con estudios recientes que se han propuesto ofrecer orientaciones sobre la manera de regular la diligencia debida para impulsar un cambio significativo para los trabajadores de las cadenas de suministro transnacionales²⁶ o realizar propuestas normativas capaces de dar lugar a una trayectoria alternativa para la misma, que sirva para promover la protección de los trabajadores y ayude a contrarrestar las asimetrías de poder existentes al interior de esas cadenas²⁷. El matiz del enfoque adop-

²⁴ LANDAU, esta vez en *Human Rights due diligence and the risk of cosmetic compliance*, en *MJIL*, 2019, pp. 234-238. Véase también MAK, *Corporate sustainability due diligence: More than ticking the boxes?*, en *MJECL*, 2022, vol. 29, pp. 301-303.

²⁵ El texto prescinde, en cambio, de cualquier referencia a las normas estatales y comunitarias reguladoras de la materia, incluida la muy reciente Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, cuyo texto no ha sido aún publicado oficialmente a la fecha de cierre de este estudio, en la medida en que su propósito es situarse en un momento previo al examen de estos instrumentos, como es el de la construcción de herramientas analíticas que sirvan para valorar su aptitud para ofrecer una tutela adecuada de los derechos humanos de contenido laboral, partiendo en todos los casos de la ya apuntada inexistencia dentro de estas normas de un tratamiento específico a esta dimensión.

²⁶ MARSHALL *et al.*, *cit.*

²⁷ LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, *cit.*

tado aquí se encuentra en el énfasis que se pondrá en el desarrollo de la noción misma de diligencia debida en materia de derechos humanos laborales y en la amplitud de las propuestas formuladas para su adecuada aplicación, que tratarán de informar tanto su regulación como la praxis de las empresas. Teniendo en cuenta, además, los problemas y necesidades de regulación que conlleva su puesta en práctica en ambos espacios.

3. *Rasgos y requisitos esenciales de la dimensión laboral de la diligencia debida*

La diligencia debida es la herramienta técnica a través de la cual las empresas deben hacer efectivo el cumplimiento de su obligación internacional de respetar los derechos humanos. Partiendo de las fuentes internacionales que la proclaman, y en particular de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, esta puede ser caracterizada como un “proceso” que ha de ser puesto en marcha por las empresas con el cuádruple objetivo de “identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”²⁸, teniendo en cuenta el “impacto real y potencial” que sobre los mismos haya “provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades” o el hecho de que ese impacto guarde “relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales”²⁹.

Así entendida, la diligencia debida se distingue de otros procesos de características similares principalmente por su finalidad, que como se ha dejado apuntado no radica en identificar y prevenir riesgos para la propia empresa sino para los titulares de los derechos humanos. De esta identificación de su particular objeto derivan, a su vez, otros dos rasgos singulares de la noción, como son los relacionados con el *carácter continuo* en vez de estático de su puesta en práctica, dirigido a favorecer su adaptación a la naturaleza dinámica

²⁸ Principio 17.

²⁹ Nuevamente, Principio 17, reiterando la fórmula contenida en el Principio 13, letra b). Por su parte, de acuerdo con las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre la Conducta Empresarial Responsable, en su nueva versión lanzada en 2023, “la diligencia debida se define como el proceso mediante el cual las empresas, como parte integrante de sus sistemas de toma de decisiones y de gestión de riesgos, identifican, previenen, mitigan e informan sobre los impactos adversos reales o potenciales de sus actividades”, de acuerdo con el Comentario 15 a su Sección II.

de los riesgos que aquí se trata de prevenir³⁰, y con su *naturaleza participativa*, en tanto que esta requiere, para una adecuada contemplación de los intereses a cuya tutela se encamina, que sean tenidas en cuenta en todas sus fases las opiniones de las personas potencialmente afectadas por las actividades empresariales³¹. No puede dejar de indicarse, en fin, que a partir de estos rasgos no es posible considerar a la diligencia debida como un puro ejercicio de *compliance*, sino como un *estándar de conducta* al que vienen asociados una serie de deberes de cuidado que se espera que las empresas cumplan en relación con sus actividades y relaciones comerciales, para el cual no solo son relevantes los pasos que se sigan sino la aptitud de estos, y del proceso en su conjunto, para prevenir la materialización de impactos negativos sobre los derechos protegidos, que es el resultado que se espera conseguir con su aplicación³².

Con estos perfiles, es evidente que la noción de diligencia debida no puede ser sino una para todos los derechos humanos cuya protección persigue. Aun así, tampoco parece que pueda ponerse en duda que su aplicación está en condiciones de revestir matices particulares y requerir especiales medidas de garantía en relación con algunos de ellos. Y que estas necesidades pueden dar lugar a modalidades específicas o fórmulas singulares de plasmación de la diligencia debida, cuya individualidad ha de ser desentrañada si se quiere avanzar en la reconstrucción de los alcances del concepto y promover una aplicación adecuada de este.

Este es el caso de los derechos humanos de contenido laboral, cuya peculiar naturaleza y su singular ámbito de aplicación, coincidente con el espacio de los procesos globales de producción, así como su importante grado de vulnerabilidad dentro del espacio de estos, precisan con mayor urgencia que cualesquiera otros de la realización de esta operación reconstructiva, mediante la delimitación de los contornos que deben asignarse a la noción de diligencia debida específicamente referida a ellos y los requerimientos y garantías que esta precisa para desempeñar su misión institucional.

Esta labor se aborda a continuación, distinguiendo al efecto cinco elementos que representan, simultáneamente, elementos o rasgos indispensables de la dimensión laboral de la diligencia debida y presupuestos para su eficacia.

³⁰ Principio 17, letra c).

³¹ Principio 18, letra c) y Principio 20, letra b).

³² Sobre el particular se remite a *supra* nota 14 y la bibliografía allí referida.

3.1. *Aplicación al conjunto de derechos humanos laborales reconocidos internacionalmente*

El primer elemento definitorio de la identidad de la dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos se relaciona con su particular alcance o espacio material de aplicación, que afecta de manera particular a aquellos derechos que, ostentando esa condición general, tienen como titulares a los trabajadores asalariados o deben ser ejercidos en el marco o en conexión con una relación de trabajo.

La identificación de la nómina de estos derechos requiere de una labor de acotación normativa a partir de la delimitación general del espacio de aplicación de “la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos” llevada a cabo por los Principios Rectores de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual esta responsabilidad “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 derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”³³. Esto supone que la aplicación de la diligencia debida se extiende a los derechos reconocidos tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos y Sociales de 1966, que integran la aludida Carta Internacional, como por los convenios fundamentales de la OIT, que desarrollan el contenido de los derechos a los que su declaración de 1998 asigna esa condición³⁴, cuyo listado se alarga hasta diez luego de la reforma operada en esta última en 2022³⁵.

³³ Principio 12. Adicionalmente, el comentario a este principio indica que en algunas circunstancias es posible que las empresas deban tener en cuenta otros instrumentos internacionales, en particular en relación con la protección de las personas pertenecientes a grupos específicos o colectivos especialmente vulnerables. Esta referencia remite a un bloque de tratados que reconocen también derechos humanos laborales. Así ocurre con la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁴ Como indica expresamente el comentario al Principio 12.

³⁵ Cuando la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó su *Resolución sobre la inclusión*

De la simple lectura de esta declaración puede extraerse un primer bloque de derechos de naturaleza laboral, compuesto por aquellos cinco a los que se confiere la condición de principios o derechos fundamentales en el trabajo, por representar el marco esencial para el desarrollo de los demás derechos presentes en las normas internacionales del trabajo. Estos son los derechos: a) a la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, b) a la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, c) a la abolición efectiva del trabajo infantil, d) a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y e) a un entorno de trabajo seguro y saludable. No está demás indicar, con todo, que estos derechos o principios se encuentran recogidos igualmente en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que ostentan de forma simultánea la condición de derechos humanos laborales³⁶.

Este listado inicial expresamente citado por los Principios Rectores no agota, sin embargo, el universo de los derechos laborales sobre los que ha de proyectarse la diligencia debida de las empresas. Antes bien, al mismo debe ser añadido un segundo bloque de derechos que, pese a no estar incluidos en la Declaración de la OIT de 1998, son objeto de reconocimiento por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los derechos de este segundo bloque no aparecen recogidos de manera dispersa sino agrupados en torno a dos *derechos marco* o de estructura compleja, en tanto que aglutinadores, a su vez, de un conjunto de derechos funcionalmente anudados entre sí³⁷. Estos derechos, cuya función es ofrecer una visión articulada del conjunto de prerrogativas, libertades y garantías jurídicas necesarias para asegurar a las personas que trabajan un trato conforme a la dignidad humana, son el “derecho al trabajo” y el derecho “a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo”, que aparecen consagrados de manera coincidente por el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸.

de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

³⁶ Véase, dentro de los instrumentos universales, los artículos 2, 4, 7, 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2, 8, 22 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7, 8 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

³⁷ MONEREO PÉREZ, LÓPEZ INSUA, *La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”*, en *NREDT*, 2015, n. 177, p. 28 ff.

³⁸ La importancia de estos dos derechos para la conformación del espacio de aplicación

¿Cuál es el contenido de estos derechos, tan ampliamente formulados?

La técnica utilizada por los instrumentos internacionales para definir su contenido combina una cláusula general con una serie de referencias de carácter singular dirigidas a dar cuenta de sus más importantes manifestaciones³⁹.

En el caso del derecho al trabajo⁴⁰, su reconocimiento viene acompañado de indicaciones que permiten entender incluidos en su contenido los derechos “a la libre elección” del mismo, de acuerdo con la Declaración de 1948, y “a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”, conforme al Pacto de 1966. Más amplio es el desarrollo del derecho “a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo”⁴¹, que comprende, de acuerdo con su versión más avanzada, contenida en el segundo de los referidos instrumentos, los siguientes cuatro derechos, cada uno con un contenido singular: a) “a una remuneración que proporcione como mínimo” un “salario equitativo e igual por trabajo de igual valor” y unas “condiciones de existencia dignas” para los trabajadores “y para sus familias”, b) a “la seguridad y la higiene en el trabajo”, c) a la igualdad de oportunidades para la promoción profesional y d) “al descanso”, “la limitación razonable de las horas de trabajo”, las “vacaciones periódicas pagadas” y “la remuneración de los días festivos”⁴².

El alcance sustantivo de los derechos humanos de contenido laboral resulta, de este modo, no solo deliberadamente amplio sino tendencialmente omnicompreensivo por lo que a los espacios de protección se refiere⁴³. En efecto, dentro de él no solo se incluyen aquellos derechos que, como se ha dicho, constituyen presupuestos para el ejercicio de los demás, sino también

de la diligencia debida es destacada especialmente por BUENO, *Multinational enterprises and labour*, cit., pp. 423-424.

³⁹ MONEREO PÉREZ, LÓPEZ INSUA, *cit.*, p. 36.

⁴⁰ O del “derecho a trabajar”, en el caso del Pacto de 1966.

⁴¹ O “al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, según se trate de uno u otro instrumento.

⁴² Conforme al texto del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolla y amplía los contenidos inicialmente postulados para este derecho por la Declaración Universal. Para un análisis de la configuración jurídica y el contenido de este derecho, véase BUENO, *Corporate liability for violations of the human right to just conditions of work in extraterritorial operations*, en *IJHR*, 2017, n. 21, especialmente pp. 5-8. Texto disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/75781/1/Bueno_Corporate%2oliability_2017.pdf.

⁴³ Así, tempranamente, TREBILCOCK, *Due diligence on labour issues*, cit., p. 100.

los que ofrecen una cobertura protectora a los principales elementos del desarrollo de la relación laboral, en particular a través del derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. Un derecho dentro del cual se incluyen las principales dimensiones del tratamiento de las condiciones de trabajo, como el salario, el tiempo de trabajo o las condiciones de seguridad y salud, que con más facilidad son susceptibles de ser utilizados como fuente de ventajas competitivas, tanto por los Estados como por las empresas⁴⁴. Esto permite atribuir a este derecho, y por su intermedio a los derechos humanos laborales en general, una función limitadora de las prácticas de *dumping social*, de gran relevancia dentro del actual escenario de exacerbada competencia global que constituye el caldo de cultivo para la materialización de toda clase de vulneraciones de los derechos de los trabajadores⁴⁵.

Visto el amplio espectro de derechos cubiertos y su capacidad para abarcar de forma holística los más relevantes espacios y elementos de desarrollo de las relaciones laborales, tanto a nivel individual como colectivo, así como los presupuestos para su existencia en condiciones de libertad e igualdad, no puede sino coincidir con la opinión de quienes entienden que el marco aportado por los Principios Rectores demanda de las empresas un ejercicio de la diligencia debida extenso y profundo⁴⁶, que está en condiciones de poner en cuestión muchas de las prácticas sobre las que se asienta el modelo de negocio imperante en numerosos sectores de la economía global, basado en una fuerte presión a la baja sobre las condiciones laborales de los trabajadores situados en destinos remotos.

Las normas reguladoras de la diligencia debida y las políticas y prácticas de ejecución de la misma desarrolladas por las empresas deberán, pues, partir de este enfoque inclusivo y global en cuanto a la cobertura de los derechos humanos de los trabajadores⁴⁷. Sin que estas puedan ya, como ocurría en el pasado, llevar a cabo una elección “a la carta” de los derechos protegidos⁴⁸.

⁴⁴ Esta idea ha sido formulada originalmente por CORREA CARRASCO, *Acuerdos marco internacionales. De la responsabilidad social empresarial a la autonomía colectiva transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 65, en relación a la necesidad de que estas materias sean abordadas por los acuerdos marco internacionales.

⁴⁵ Nuevamente, CORREA CARRASCO, *cit.*, con referencia al papel que podrían cumplir los acuerdos referidos en la nota anterior de incluir esa clase de contenidos.

⁴⁶ TREBILCOCK, *Due diligence on labour issues*, *cit.*, p. 100.

⁴⁷ Conforme remarcan MARSHALL *et al.*, *cit.*, p. 16.

⁴⁸ Como denunciaría en su día DAUGAREILH, *Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica*, en *CRL*, 2009, n. 27, p. 91.

La necesidad de delimitación del espacio material de aplicación de la diligencia debida no se agota, con todo, con la identificación del elenco de derechos cubiertos. Una vez realizada esta es preciso llevar a cabo un ejercicio paralelo de delimitación del contenido internacionalmente garantizado por cada uno de ellos. Es decir, proceder a una reconstrucción del *estándar internacional de protección* respecto del cual la misma deberá ser ejercida. Este es un ejercicio de delimitación bastante más delicado y complejo, que tampoco puede ser dejado exclusivamente en manos de las empresas⁴⁹.

La realización de esta ulterior operación plantea obstáculos notables, en especial debido al carácter genérico, y por tanto impreciso, de las normas sobre derechos humanos, que suelen dejar numerosos cabos sueltos y cuestiones sin resolver, y a su diseño centrado en el Estado antes que directamente en los actores no estatales⁵⁰, con todos los problemas de trasposición de un espacio a otro de sus mandatos que esta diferente orientación plantea.

De todas formas, estas dificultades están en condiciones de ser afrontadas con mayor solvencia y menor grado de incertidumbre que en otros ámbitos en el terreno de los derechos humanos laborales. Esto se debe a que todos estos derechos son objeto de una regulación más detenida, que marca un estándar mínimo de protección, por los convenios internacionales del trabajo emanados del sistema normativo de la OIT.

Esto significa que los cinco derechos fundamentales en el trabajo proclamados por esta organización tienen en los convenios fundamentales que los desarrollan una herramienta principalísima para la determinación de su contenido protegido. Pero también que para la delimitación de los contornos de los derechos al trabajo y a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, así como de los derechos que dentro de estos se enmarcan, habrá que tener necesariamente en cuenta la regulación contenida en los correspondientes convenios internacionales sobre, entre otras materias, salarios mínimos e igualdad salarial, tiempo de trabajo y descansos e incluso protección frente al despido, como se verá inmediatamente, pese a ser todos ellos convenios técnicos y no convenios fundamentales⁵¹. Es más, tampoco parece que pueda

⁴⁹ Este es un riesgo sobre el que advierte especialmente DEVA, *cit.*, p. 398.

⁵⁰ Otra vez DEVA, *cit.*, respecto de esta última característica.

⁵¹ De hecho, la Observación General núm. 23 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la que se hablará inmediatamente, luego de indicar en su apartado I que “muchos convenios de la OIT se refieren directa e indirectamente a las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, identifica como “importantes” a los efectos de la determi-

prescindirse del empleo, cuando sea necesario, de las decisiones de los órganos de control de la aplicación de estos instrumentos existentes dentro del sistema de la OIT. Las decisiones de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, con carácter general, y las del Comité de Libertad Sindical, en relación con los derechos colectivos. Por más que ambas vengan referidas al contenido de las obligaciones de los Estados antes que de los particulares.

Asimismo, en relación con los derechos al trabajo y a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, resulta de particular importancia tener en cuenta la Observación General núm. 18⁵² y la Observación General núm. 23⁵³ del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, dedicadas a cada uno de ellos, ya que contienen precisiones de la mayor importancia para la adecuada interpretación de sus alcances. Así, por citar la que seguramente constituya la de mayor relieve, es importante destacar que, de acuerdo con la primera, deben entenderse comprendidos dentro del derecho al trabajo, dada su finalidad, también los derechos “a decidir libremente aceptar o elegir trabajo”, “a no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo”, al “acceso a un sistema de protección que garantice al trabajador su acceso al em-

nación de su contenido los siguientes veintidós: “Convenio sobre las Horas de Trabajo (Industria), 1919 (núm. 1); Convenio sobre el Descanso Semanal (Industria), 1921 (núm. 14); Convenio sobre los Métodos para la Fijación de Salarios Mínimos, 1928 (núm. 26); Convenio sobre las Horas de Trabajo (Comercio y Oficinas), 1930 (núm. 30); Convenio sobre las Cuarenta Horas, 1935 (núm. 47); Convenio sobre la Protección del Salario, 1949 (núm. 95); Convenio sobre los Métodos para la Fijación de Salarios Mínimos (Agricultura), 1951 (núm. 99); Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951 (núm. 100); Convenio sobre el Descanso Semanal (Comercio y Oficinas), 1957 (núm. 106); Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (núm. 111); Convenio sobre la Fijación de Salarios Mínimos, 1970 (núm. 131); Convenio sobre las Vacaciones Pagadas (Revisado), 1970 (núm. 132); Convenio sobre la Edad Mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre Duración del Trabajo y Períodos de Descanso (Transportes por Carretera), 1979 (núm. 153); Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (núm. 155); Protocolo de 2002 del Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (núm. 155); Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, 1981 (núm. 156); Convenio sobre el Trabajo Nocturno, 1990 (núm. 171); Convenio sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, 1994 (núm. 175); Convenio sobre la Protección de la Maternidad, 2000 (núm. 183); Convenio sobre el Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2006 (núm. 187); y Convenio sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (núm. 189)”.

⁵² Documento E/C.12/GC/18.

⁵³ Documento E/C.12/GC/23.

pleo” y “a no ser privado injustamente de empleo”⁵⁴. Una indicación, esta última, que conecta con el Convenio núm. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, que impone “la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente”, según se indica en el propio instrumento⁵⁵.

La traducción de los mandatos contenidos en las normas internacionales que han sido citadas en obligaciones para las empresas susceptibles de ser integradas dentro de sus instrumentos y políticas de diligencia debida puede plantear especiales dificultades tratándose de Estados que no han ratificado los convenios de la OIT que regulan los correspondientes derechos, los recogen en su legislación de forma incompleta o deficiente o no prevén mecanismos adecuados para su aplicación. Este puede ser el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos, China, India o Brasil, que no han ratificado el Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación y plantean problemas de diversa intensidad en cuanto a la garantía de este derecho. O de un número más amplio de países que, no habiendo hecho lo propio con el Convenio núm. 158, carecen de normas que protejan a los trabajadores frente a los despidos arbitrarios⁵⁶.

En casos como estos debe tenerse presente que, como indican los Principios Rectores, “la responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial” que “existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones”⁵⁷. En consecuencia, conforme apostillan las Directrices de la OCDE,

⁵⁴ Párrafo 6.

⁵⁵ Párrafo 11.

⁵⁶ Véase, destacando el problema en relación con estos dos derechos, BUENO, *Informe individual*, en SANGUINETI RAYMOND (Coord.), *Documentos de Trabajo del Grupo de investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo*, Salamanca, 2021. Texto disponible en: <https://proyecto-translab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/02/2020-Informe-consolidado-del-Grupo-de-Investigaci%C3%B3n-sobre-Comercio-internacional-y-trabajo.pdf>.

⁵⁷ Comentario al Principio 11. En la misma dirección, la Observación General núm. 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, señala en su apartado 5 que “de conformidad con las normas internacionales”, las empresas deben respetar los derechos enunciados en ese instrumento “independientemente de si existe legislación interna y si esta se aplica plenamente en la práctica”.

“el hecho de que un Estado no aplique su legislación nacional pertinente o no cumpla sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”, “no afecta a la responsabilidad de las empresas de respetar” estos derechos. Debiendo estas, “en los Estados en que las leyes y normas nacionales sean contrarias a los derechos humanos reconocidos internacionalmente” buscar la manera “de cumplirlos en la mayor medida posible”⁵⁸. La dificultad radica en determinar cuáles han de ser las medidas que las empresas deberán adoptar para llevar a cabo esta clase de cumplimiento. Correspondiendo en principio la decisión a estas últimas, al no aportar estos instrumentos, ni ningún otro, precisión adicional alguna sobre el particular, como sería deseable. De hecho, la construcción de herramientas que sirvan de orientación para el afrontamiento de esta clase de dificultades, mejor si adaptadas a la singular realidad de cada derecho, constituye uno de los grandes desafíos de futuro de la diligencia debida en materia de derechos humanos laborales.

Es importante indicar también que, al lado de las declaraciones y tratados internacionales, existen otros instrumentos, como las propias Directrices de la OCDE o la Declaración Tripartita de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, que contienen recomendaciones dirigidas a este tipo de empresas sobre el contenido de sus obligaciones internacionales en materia laboral, bien que en lo fundamental aplicables a sus propias actividades y no a las de sus socios y colaboradores externos⁵⁹. Orientaciones de interés se encuentran, asimismo, en otras herramientas, construidas con el fin de servir de guía para la aplicación de la diligencia debida en relación con determinados derechos laborales particularmente conflictivos o para sectores de especial riesgo. Este es el caso de la Herramienta de Orientación de la OIT y la OIE sobre el Trabajo Infantil Destinada a las Empresas y la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para Cadenas de Suministro Responsables en el Sector Textil y del Calzado, aunque en ambos casos su atención se centra más en las políticas y medidas de diligencia debida a aplicar que en la determinación del estándar internacional de protección, que en buena medida se da por supuesto. Con lo cual la cuestión continúa en gran parte abierta y pendiente de posteriores desarrollos y clarificaciones.

⁵⁸ Capítulo IV, comentario 43, del que se extrae la cita, y Capítulo I, comentario 2.

⁵⁹ La importancia de estos dos instrumentos es destacada especialmente por BUENO, *Multinational enterprises and labour*, cit., pp. 435-427, quien lleva a cabo una presentación de sus principales contenidos, a la que se remite.

3.2. *Proyección hacia las cadenas de valor de las empresas de dimensión global y trazabilidad y transparencia de estas*

El segundo rasgo distintivo de la diligencia debida en materia de derechos humanos laborales guarda relación con la delimitación del particular bloque de empresas respecto de las cuales, pese al alcance tendencialmente universal de la noción, adquiere especial relevancia su aplicación debido a la naturaleza de los derechos protegidos y los espacios dentro de los que estos pueden verse afectados. Esta es una delimitación que afecta tanto a las empresas a las que corresponde la puesta en marcha de los procesos de diligencia debida como a aquellas sobre las cuales estos han de ser proyectados, como se verá a continuación.

Por lo que respecta a las primeras, los Principios Rectores de las Naciones Unidas adoptan el más amplio punto de partida posible al indicar que “la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura”⁶⁰. Esta visión extensiva se apoya en una constatación elemental: también “algunas empresas medianas y pequeñas”, y no solo las grandes o muy grandes, “pueden provocar graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos, que requerirán la adopción de las correspondientes medidas”⁶¹. Lo determinante para la existencia de esta responsabilidad no es, en consecuencia, la dimensión de la empresa o la escala de sus actividades, sino el riesgo que estas últimas pueden suponer para los derechos humanos⁶². De ahí la importancia, puesta de relieve por numerosos autores, de que los instrumentos reguladores de la diligencia debida incluyan dentro de su ámbito de aplicación a todas las empresas, incluidas las medianas y las pequeñas⁶³. Por más que, como matizan inmediatamente después los propios Principios Rectores, “la magnitud y la complejidad de los medios

⁶⁰ Principio 14.

⁶¹ Comentario al Principio 14.

⁶² Como indicant BOYD, KEENE, *Essential elements of effective and equitable human rights and environmental due diligence legislation*, United Nations Human Rights Special Procedures, Policy Brief n. 3, 2022, p. 21.

⁶³ Además de la opinión de los autores citados en la nota anterior, véase LANDAU, *Human Rights Due Diligence and Labour Governance*, cit., pp. 150-151; MARSHALL *et al.*, cit., p. 16; WILDE-RAMISNG, VANPEPERSTRAETE, HACHFELD, *Legislating Human Rights Due Diligence. Respecting Rights or Ticking Boxes?*, Clean Clothes Campaign-ECCHR-Public Eye-SOMO, 2022, p. 22.

dispuestos” por las mismas “para asumir esa responsabilidad” puedan variar en función de “su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura”, así como de “la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de las empresa sobre los derechos humanos”⁶⁴.

Ahora bien, sentado el alcance omnicomprendivo del estándar de diligencia debida, tampoco parece que pueda ponerse duda que, al menos por lo que a los derechos humanos laborales se refiere, su auténtico valor e importancia radican en su aptitud para encauzar la actuación de las grandes corporaciones, y muy en especial de las de dimensión transnacional o global, hacia la puesta en práctica de políticas y medidas dirigidas a evitar la materialización de impactos negativos sobre los mismos.

Esta especial orientación de la dimensión laboral de la diligencia debida hacia ese tipo de empresas responde a un doble orden de razones. Estas se vinculan, antes de nada, con la constatación de que son estas empresas las que están en condiciones de generar riesgos de mayor magnitud sobre los derechos de los trabajadores o verse envueltas en vulneraciones graves de los mismos con ocasión de sus actividades, debido a la singular fórmula de organización de sus procesos productivos, fragmentada aunque a la vez funcionalmente sometida a su autoridad, que multiplica la probabilidad de que esas situaciones puedan tener lugar. A la vez, tampoco debe perderse de vista que es en relación con esta clase de procesos productivos, sometidos al liderazgo de ese singular tipo de empresas, y respecto de los derechos de las personas que prestan sus servicios a su interior, que adquiere sentido la proyección de las políticas y medidas de diligencia debida más allá de las actividades realizadas por la propia empresa, hacia sus socios comerciales y las entidades integradas en sus cadenas de valor, de la que se tratará a continuación. De hecho, el objetivo de hacer posible el control de los potenciales impactos negativos sobre los derechos humanos de las actividades de las corporaciones de dimensión global constituyó en su día el motivo que inspiró el lanzamiento de los Principios Rectores, siendo el diseño del proceso de diligencia debida presente en estos uno concebido de manera particular

⁶⁴ Nuevamente, Principio 14, cuyo comentario remarca la idea de que “los medios a los que recurra una empresa para asumir la responsabilidad de respetar los derechos humanos serán proporcionales, entre otros factores, a su tamaño” e indica a continuación que “las pequeñas y medianas empresas pueden disponer de menor capacidad, así como de procedimientos y estructuras de gestión más informales que las grandes empresas, de modo que sus respectivos procesos y políticas adoptarán formas diferentes”.

para ser aplicado a las actividades de empresas multinacionales en todo el mundo⁶⁵, como una nueva manera de abordar la cuestión luego de varios intentos fallidos de hacerle frente recurriendo a herramientas de mayor voltaje regulador.

En consecuencia, sin perjuicio de prever su proyección hacia toda clase de empresas, los instrumentos reguladores de la diligencia debida deberán llevar a cabo un tratamiento de los procesos en los que esta ha de concretarse que subraye la especial vinculación de las grandes corporaciones y las empresas titulares de actividades de proyección transnacional y sancione su obligación de construir procesos de desarrollo de la misma que contribuyan de manera eficaz a la prevención y mitigación de cualquier impacto negativo sobre los derechos humanos, con énfasis especial en los de contenido laboral, introduciendo reglas claras y operativas sobre los requisitos que estos procesos habrán de cumplir para estar en condiciones de alcanzar ese objetivo⁶⁶. Debiendo, a su vez, este tipo de empresas prestar una especial atención al respeto de los derechos de esta última clase en el diseño y la aplicación de sus políticas y procesos de diligencia debida.

Una vez puesta de relieve las singularidades del ámbito subjetivo de aplicación *horizontal* de la diligencia debida en materia de derechos humanos laborales, es importante prestar atención a la identificación de su proyección *vertical*⁶⁷. Es decir, a la determinación de los sujetos, normalmente empresas pero potencialmente también otras personas, como pueden ser por ejemplo los trabajadores autónomos, sobre los cuales la misma ha de ser aplicada.

Nuevamente aquí el estándar internacional introducido por los Principios Rectores resulta particularmente amplio. De acuerdo con estos, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos no solo exige que estas “eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a pro-

⁶⁵ Como apunta DEVA, *cit.*, pp. 400–401, citando en apoyo de este punto de vista el criterio de autoridad del diseñador de los Principios Rectores, John Ruggie y destacando que el Pilar II de estos ‘se basa principalmente en las experiencias de las empresas multinacionales y sus expectativas de gestión de las cadenas de valor’ a ellas vinculadas.

⁶⁶ A lo que se opone la doctrina es a la pretensión de limitar la aplicación de la diligencia debida exclusivamente a este tipo de empresas, excluyendo a las de menor dimensión o alcance, pese a la posibilidad de que puedan materializar atentados, incluso de gran envergadura, sobre los derechos protegidos. Pueden verse en este sentido las opiniones de los autores citados en *supra* notas 63 y 64. Esta observación no se encuentra reñida, sin embargo, con la puesta del acento en la responsabilidad de las grandes empresas.

⁶⁷ Como la denomina BUENO, *Multinational enterprises and labour*, *cit.*, p. 436.

vocar consecuencias negativas” sobre estos derechos, sino también que “traten de prevenir o mitigar” aquellas “directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus *relaciones comerciales*, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”⁶⁸. Debiéndose entender que estas últimas “abarcan las relaciones con socios comerciales, entidades de su *cadena de valor* y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos o servicios”⁶⁹.

La proyección de la diligencia debida no se detiene, así pues, en las actividades desarrolladas por la propia empresa, ni aun en las actividades de las empresas que integran el grupo de sociedades que pueda estar sometido a su control, sino que se proyecta hacia todas las entidades que, manteniendo o no una relación comercial directa con ella, se encuentren vinculadas a sus operaciones, productos o servicios o formen parte de su cadena de valor. Particularmente significativa resulta aquí la alusión a las operaciones, productos y servicios de las empresas como marco de referencia para la identificación del espacio de las relaciones comerciales incluidas. Y, sobre todo, el uso de la noción de “cadena de valor”, en lugar de las de “cadena de producción” y “cadena de suministro”, como marco de referencia de los procesos y actividades cubiertos, ya que esta permite entender comprendidos no solo los necesarios para la producción de los bienes o la prestación de los servicios de los que se trate, sino también el suministro de los insumos requeridos por estos, así como las tareas necesarias para que lleguen al consumidor, incluidas las relacionadas con su comercialización y distribución⁷⁰. Aunque, inmediatamente después, los propios Principios Rectores se encargarán nuevamente de aclarar que las medidas a adoptar por las empresas “variarán” dependiendo de si se trata de consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa “provoque o contribuya a provocar” o “su implicación se reduzca” a la sola existencia de “una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial”⁷¹.

La importancia de este amplio diseño del espacio de proyección de la diligencia debida, bien que con adecuación de su contenido a la singularidad

⁶⁸ Principio 13. La cursiva es mía.

⁶⁹ Comentario al Principio 13, ídem.

⁷⁰ Se remite nuevamente aquí a lo apuntado en la obra citada en *supra* nota 5, especialmente pp. 122–123.

⁷¹ Principio 19, apartado b).

de la relación existente en cada caso, no puede ser puesta en duda por lo que a la aplicación de su dimensión laboral se refiere. Como es de sobra conocido, aunque pueda haber excepciones, especialmente en lo relativo al respeto de los derechos colectivos, las vulneraciones de los derechos laborales no suelen tener en las actividades de la empresa líder, ni tampoco en las de aquellas controladas corporativamente por esta, su espacio principal de materialización. Antes bien, el ámbito en el que se multiplica el riesgo de que estas vulneraciones se produzcan es el de los socios comerciales y las entidades que forman parte de las cadenas de valor de las primeras. Es aquí donde la organización transnacional de la producción en red, los modelos de negocios basados en la competencia descarnada entre las empresas, el aprovechamiento de las diferencias de tutela entre las distintas localizaciones y el ajuste a la baja de los costes laborales crean un caldo de cultivo especialmente propicio para la materialización de toda clase de vulneraciones de los derechos laborales. De ahí la importancia de que los Principios Rectores proyecten la aplicación de la diligencia debida hacia todos los socios comerciales y la entera cadena de valor de las empresas, con el fin de transformar estas últimas, simultáneamente, en *cadenas de control* o *cadenas de garantía* del respeto de los derechos humanos⁷². Y muy en especial de los derechos de los trabajadores, que son los que en más riesgo se encuentran en estos casos.

La cadena de valor y las relaciones comerciales de las grandes corporaciones y las empresas de dimensión global representan, de tal forma, el espacio más relevante e incluso nuclear de proyección de la dimensión laboral de la diligencia debida. Aquel en el que esta revela toda su utilidad y justifica de manera plena su razón de ser.

La puesta en práctica de la diligencia debida en este espacio constituye, sin embargo, una tarea extremadamente compleja. A diferencia de lo que ocurre con los grupos de empresas, las cadenas de valor no son entidades estáticas de contornos definidos, sino estructuras variables, dinámicas y evolutivas⁷³, que se generan a través de acuerdos comerciales de diversa naturaleza, entidad y duración entre sus componentes, los cuales pueden articularse a

⁷² El desarrollo de esta tesis en mi estudio *Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras*, en AEDTSS, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2019, especialmente p. 43.

⁷³ Como indica la OIT, en su informe *El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Ginebra, 2016, p. 1.

diferentes niveles, sin que estos sean necesariamente conocidos por quienes se sitúan en los superiores o la entidad ubicada en el vértice, pudiendo llegar a implicar a decenas, centenares o miles de sujetos empresariales, los cuales pueden, a su vez, tener a su servicio un número de trabajadores que puede llegar en algunos casos a sumar varios millones⁷⁴.

La consideración de este carácter fluido, o incluso “líquido”, de las cadenas de valor⁷⁵ puede conducir con gran facilidad, tanto a las instancias reguladoras como a las empresas, a tratar de limitar la aplicación de los procesos de diligencia debida a los espacios más “visibles” o “controlables” de las mismas, representados por las empresas situadas en su primer eslabón o, en todo caso, por aquellas que mantienen una relación comercial establecida con la empresa principal, bien de forma directa o bien con un intermediario de por medio⁷⁶. Esta no es, por supuesto, una opción desdeñable. No obstante, pasa por alto que muchas vulneraciones, y especialmente las de particular gravedad, pueden producirse en los sucesivos eslabones de esas cadenas. Y además teniendo como protagonistas a entidades que no mantienen vínculos de una cierta permanencia o duración con la empresa principal o sus contratistas o proveedores directos. De hecho, la experiencia demuestra que, aunque pueden producirse violaciones en el primer nivel y por parte de socios permanentes, en particular en lo que se refiere a los derechos a un salario adecuado, a la limitación del tiempo de trabajo, a la protección de la seguridad y la salud o a la libertad sindical, las mismas están en condiciones de agravarse conforme se desciende hacia los niveles inferiores, hasta llegar, en casos extremos, a situaciones de trabajo informal o clandestino o de explo-

⁷⁴ Sirvan como ejemplo las dimensiones de la cadena de producción (en la que no se incluyen las actividades relacionadas con la provisión de insumos y la comercialización) de Inditex, que según los datos ofrecidos por su memoria anual correspondiente al año 2021, está integrada por 1.790 proveedores, los cuales cuentan con 8.756 fábricas situadas en diversas localizaciones, en la que se da empleo a 3.098.854 de trabajadores. Muchísimo más grande aún es, por ejemplo, la cadena de suministro de Nestlé, en la que se integran nada menos que 165.000 proveedores y 695.000 agricultores, de acuerdo con la información recopilada por DEVA, *cit.*, p. 402.

⁷⁵ Dicho con palabras de BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 1.

⁷⁶ Una presentación de estas opciones, que aparecen recogidas con diversas variantes en los primeros instrumentos reguladores de la diligencia debida, como la Ley francesa sobre el deber de vigilancia, la Ley alemana sobre la diligencia debida de las empresas en las cadenas de suministro o la Propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, en la obra citada en *supra* nota 5, pp. 124-129.

tación laboral infantil y trabajo forzoso, especialmente de los inmigrantes. Sin que estas situaciones tengan por qué ser conocidas o permitidas por la empresa que se sitúa al frente de la cadena, que puede incluso tenerlas expresamente prohibidas⁷⁷.

A la vista de esta situación, resulta de particular importancia que los procesos de diligencia debida se extiendan más allá del primer nivel de contratación⁷⁸ y las relaciones comerciales establecidas, hacia los demás niveles, sin ningún límite, así como a todas las relaciones comerciales, incluyendo las intermitentes y las esporádicas⁷⁹. Es decir, abarcando igualmente, como se ha propuesto, a los proveedores informales y a la subcontratación fluctuante, de corto plazo y a domicilio, muy frecuentes en los niveles inferiores, donde los derechos humanos, como acabamos de ver, pueden verse más severamente afectados⁸⁰.

La extrema dificultad de esta tarea no es óbice para su exigencia. Nos encontramos ante un riesgo derivado de la estructuración de las actividades de las grandes empresas, del que no parece que puedan desentenderse alegando la imposibilidad de cumplir con el estándar internacional debido a la conformación que ellas mismas han decidido dar a su modelo de negocio. Antes bien, el planteamiento debe ser el inverso. Es decir, a la hora de emprender o estructurar cualquier actividad que requiera la participación de empresas colaboradoras, socios comerciales y proveedores, las grandes corporaciones deberán asegurarse de que esta posee una escala adecuada para llevar a cabo procesos de diligencia debida proporcionales a los riesgos que pueda generar para los derechos humanos. Y, por supuesto, de que poseen los recursos necesarios para llevarla a cabo⁸¹. El hecho de que con anterioridad las cosas funcionasen de otro modo, no existiendo límite alguno a la

⁷⁷ Véase, con más amplitud, mi estudio *Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras*, en AEDTSS, *cit.*, pp. 34-35.

⁷⁸ Conforme señalan expresamente las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre la Conducta Empresarial Responsable en el comentario n. 17 a su parte II.

⁷⁹ Como indica LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, *cit.*, pp. 150-151, 'limitar la obligación de realizar la diligencia debida en materia de derechos humanos a las relaciones comerciales establecidas elimina la necesidad de que las empresas consideren cómo sus actos u omisiones y sus prácticas de compra pueden afectar a los trabajadores a lo largo de sus cadenas de suministro', pese a que 'estos niveles más distantes encarnan los riesgos e impactos más graves'.

⁸⁰ Así, de forma coincidente, MARSHALL *et al.*, *cit.*, p. 28; WILS, SWAN, *Engagement, remedy & justice. Priorities for the Corporate Sustainability Due Diligence Directive from workers in the Global South*, en *Business & Human Rights Resource Centre*, 2023, pp. 4 y 7.

⁸¹ WILDE-RAMISNG, VANPEPERSTRAETE, HACHFELD, *cit.*, p. 22.

fragmentación productiva y la elusión de responsabilidades no constituye, de este modo, un motivo de exceptuación de la obligación internacional de las empresas de respetar los derechos humanos mediante procesos adecuados de diligencia debida. Antes bien, el cumplimiento de estas obligaciones debería conducir incluso, cuando ello resulte necesario, a un replanteamiento de la configuración de sus cadenas de valor, con el fin de reconducirlas a parámetros compatibles con la puesta en marcha de los mismos.

Lo que ocurre es que, como se ha apuntado, muchas empresas tienen una visibilidad limitada de sus cadenas de suministro globales⁸². O incluso, dicho de manera más directa, no conocen cuál es su configuración más allá del primer nivel⁸³. El primer paso para la puesta en marcha de cualquier proceso de diligencia debida capaz de ofrecer un mínimo de garantía frente a potenciales impactos negativos sobre los derechos humanos laborales es, por ello, la realización por las grandes empresas de un *mapeo o inventario* de sus cadenas de valor⁸⁴. Sin este conocimiento de las entidades que las integran, cualquier ejercicio de la diligencia debida será, por hipótesis, insuficiente e ineficaz. Las empresas deberán, pues, asegurarse de la *trazabilidad* de sus actividades y los procesos productivos de los bienes y servicios que constituyen su objeto o llevan sus marcas⁸⁵, como paso previo para la puesta en práctica de la diligencia debida en materia de derechos humanos laborales.

Es más, no parece que esta sea una información que deba permanecer solo en manos de la empresa, completamente al abrigo del escrutinio de terceros y en especial de las partes interesadas. En nuestro caso, los trabajadores titulares de los derechos protegidos y sus representantes. Por el contrario, resulta indispensable garantizar la *transparencia* de la información relativa al conjunto de socios comerciales, entidades y sujetos integrados dentro de las cadenas de valor, a los efectos de que esos representantes estén en condiciones de conocer cuál o cuáles son las empresas o marcas para las que producen las empresas a las que prestan servicios sus representados y cuáles son los restantes actores de las cadenas de valor de esas empresas y marcas, tanto hacia arriba como hacia abajo⁸⁶.

⁸² SHERMAN, *Integrating Human Rights Due Diligence Into Model Supply Chain Contracts*, Working Paper of Corporate Responsibility Initiative, n. 80, p. 21.

⁸³ Como indicaría GARRIDO SOTOMAYOR, Coordinador General del Acuerdo Marco Global de Inditex, en una entrevista mantenida con ocasión de la preparación de este estudio.

⁸⁴ WILS Y SWAN, *cit.*, p. 4.

⁸⁵ MARSHALL *et al.*, *cit.*, pp. 17-18.

⁸⁶ Coinciden en destacar esta necesidad, MARSHALL *et al.*, *cit.*; WILS, SWAN, *cit.*, p. 8; OUTH-

La transmisión de esta información sobre la composición de las cadenas de valor, que debería constituir un derecho de los representantes de los trabajadores de todos los niveles de las mismas, como se indicará más adelante⁸⁷, resulta de crucial importancia para que estos puedan llevar a cabo una supervisión adecuada de la efectividad de los procedimientos de diligencia debida y sean capaces de poner en conocimiento de las empresas que los realizan las vulneraciones de los derechos laborales producidas en sus distintos nodos y niveles, así como, en su caso, presentar reclamaciones frente a ellas. Lo mismo que para poner en marcha procesos de control sistemático de los centros de trabajo y llevar a cabo campañas contra las violaciones recurrentes o especialmente graves⁸⁸. Nada de esto resulta posible si los representantes de los trabajadores no saben para quién producen las empresas para las que estos trabajan. De ahí que se haya afirmado que la organización de los trabajadores a lo largo de las cadenas de valor y el control por estos del respeto de los derechos humanos de contenido laboral requiere de una visión sistémica de cómo y dónde funcionan estas cadenas⁸⁹.

De lo apuntado hasta aquí es posible concluir que, para estar en condiciones de favorecer una protección efectiva de los derechos humanos de contenido laboral, cualquier regulación de la diligencia debida deberá extender su radio de acción al conjunto de relaciones comerciales y entidades integradas dentro de las cadenas de valor de las empresas, sin hacer distinciones en función del nivel en el que se ubiquen o a la naturaleza permanente o temporal de su vinculación a ellas. Asimismo, dicha regulación habrá de exigir a las mismas la realización de un inventario exhaustivo de la composición de esas cadenas, así como su puesta en común con los representantes de los trabajadores en los respectivos niveles de las mismas. Naturalmente, las empresas deberán desarrollar sus procesos de diligencia debida teniendo en cuenta estas necesidades, haya o no norma que las obligue a ello, y estructurar

WAITE, MARTIN ORTEGA, *Monitoring Human Rights in Global Supply Chains: insights and policy recommendations for civil society*, Business, Human Rights and the Environment Research Group, University of Greenwich, 2017, Policy Paper n. 3, pp. 3, 11. Texto disponible en: https://research.stnarys.ac.uk/id/eprint/4319/1/19108%20OUTHWAITE_Monitoring_Human_Rights_in_Global_Supply_Chains_2017.pdf.

⁸⁷ En *infra* 3.4.

⁸⁸ Destacan especialmente la importancia de ese control sistemático y las campañas puestas en marcha por los sindicatos de trabajadores, aportando ejemplos de experiencias exitosas, MARSHALL *et al.*, *cit.*, p. 17.

⁸⁹ Una vez más, MARSHALL *et al.*, *cit.*

sus actividades en términos que lo hagan posible, además de llevar a cabo ese inventario y compartirlo con las instancias de representación de los trabajadores⁹⁰.

3.3. *Especial atención a la prevención de los impactos indirectos sobre los derechos protegidos y sus causas profundas*

La diligencia debida en materia de derechos humanos tiene como tercera característica diferencial la especial orientación de su ejercicio hacia la prevención de un peculiar tipo de impactos adversos sobre los derechos humanos laborales, susceptibles de producirse como consecuencia o con ocasión del desarrollo de las actividades comerciales de las empresas de grandes dimensiones a las que corresponde de manera principal su puesta en práctica. Esta es, a su vez, una orientación que incide de forma decisiva sobre la configuración de las medidas que deberán ser adoptadas por las mismas para conseguir ese resultado.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas definen la diligencia debida como el “proceso” por el cual las empresas, a los efectos de cumplir con su obligación internacional de respetar los derechos humanos, deben “identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades” sobre estos derechos⁹¹. Este es un proceso que, como apuntan los mismos a continuación, “debe abarcar” tanto las “consecuencias negativas” que la empresa “haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades” como aquellas que “guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales”⁹². Y que se inicia con la puesta en marcha de una operación de evaluación o “calibración” de los “riesgos en materia de derechos humanos”, con arreglo a la cual las empresas “deberán identificar y evaluar las conse-

⁹⁰ Un destacado ejemplo de esta práctica es posible encontrarlo en el Acuerdo Marco Global de Inditex, que sanciona este derecho de información sobre la composición de la cadena de suministro de la multinacional en favor de la federación sindical firmante y las organizaciones afiliadas a esta desde su versión inicial del año 2007. Sobre este acuerdo y su importancia para el ejercicio de la acción sindical global, véase BOIX LLUCH, *L'accordo quadro globale di Inditex: un modello di azione sindacale globale. Un bilancio dopo la firma del rinnovo e dell'ampliamento del 2019*, en *DLRI*, vol. 42, n. 2, pp. 227-250.

⁹¹ Principio 17.

⁹² Nuevamente, Principio 17.

cuencias negativas reales o potenciales” sobre estos derechos “en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales”. Pudiendo, finalmente, las “medidas que deberán adoptarse” con el fin de evitar o mitigar los riesgos detectados variar “en función” de que la empresa “provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas” o que “su implicación se reduzca a una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales”⁹³.

De este modo los Principios Rectores distinguen entre tres *formas de implicación* de las empresas en los impactos negativos potenciales o reales sobre los derechos humanos relacionados o asociados a sus actividades⁹⁴. Ordenadas de mayor a menor esas formas de implicación son, de acuerdo con su formulación más desarrollada contenida en los mismos: a) que la empresa “provoque o pueda provocar” esos impactos; b) que la misma “contribuya o pueda contribuir” a su generación; y c) que, aunque la misma “no ha contribuido” con su conducta a los impactos de los que se trate, estos “guardan relación directa con las operaciones, productos o servicios prestados por otra entidad con la que mantiene relaciones comerciales”⁹⁵. Dicho en pocas palabras: *causar, contribuir a causar o tener una relación directa* con la afectación. Cada una de estas situaciones requiere, a su vez, diferentes *cursos de acción esperados*⁹⁶, como explican los mismos a continuación: a) en la primera, la empresa deberá “tomar las medidas necesarias” para prevenir o poner fin a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos provocadas o susceptibles de ser provocadas por su actuación; b) en la segunda, la misma habrá de “tomar las medidas necesarias para poner fin o prevenir” su contribución; y c) en la tercera la selección de las medidas adecuadas dependerá de una variedad de factores contextuales, entre los cuales cobra una importancia especial “la influencia de la empresa sobre la entidad” que “provoque en sí misma consecuencias negativas sobre los derechos humanos”⁹⁷.

⁹³ Principio 19, apartado b.1).

⁹⁴ De acuerdo con la terminología utilizada por WILDE-RAMISNG, VANPEPERSTRAETE, HACHFELD, *cit.*, p. 11.

⁹⁵ Comentario al Principio 19.

⁹⁶ Dicho con palabras de WILDE-RAMISNG, VANPEPERSTRAETE, HACHFELD, *cit.*

⁹⁷ Nuevamente, de acuerdo con el comentario al Principio 19. La literatura sobre la materia coincide en destacar la “influencia” o el “apalancamiento” de la empresa respecto del agente causante directo del impacto negativo como el criterio decisivo para la elección de las medidas a adoptar en estos casos, pese a que los Principios Rectores incluyen otros factores a

Este planteamiento resulta aplicable en su integridad a la prevención y mitigación de los impactos negativos sobre los derechos humanos laborales. El énfasis de los procesos de diligencia debida relacionados con estos derechos no parece, sin embargo, que pueda entenderse centrado en los impactos negativos ocasionados de manera directa por las grandes corporaciones. Es decir, concentrarse en la prevención de los comportamientos contrarios a los derechos humanos laborales que guarden una relación causalidad inmediata con la conducta de estas empresas y tengan como afectados a sus propios trabajadores. Por más que, como es evidente, puedan existir atentados de esta naturaleza, en particular en relación los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Y de que en estos casos las empresas causantes de la vulneración deberán detener su conducta y cambiarla por otra respetuosa de los derechos vulnerados, además de remediar sus consecuencias⁹⁸.

En realidad, los procesos de diligencia debida cobran su real sentido y utilidad no tanto en relación con ese tipo de *impactos directos* sobre los derechos humanos laborales, que por su propia naturaleza son escasos y fácilmente remediables por la propia entidad que los provoca, sino respecto de los que podemos denominar *impactos indirectos* sobre esos derechos⁹⁹, en tanto que asociados a la conducta de un tercero, sea este una filial de la casa matriz y, sobre todo, un socio comercial, una empresa proveedora o cualquier otro sujeto integrado en su cadena de valor. Se comprenden aquí dos tipos de impactos negativos: a) los que la empresa haya *contribuido* a generar, aunque hayan sido puestos en práctica por cualquiera de los sujetos antes mencionados, y b) aquellos que, pese a no poderse entender que la misma ha contribuido a su realización, están directamente *vinculados* a sus actividades a través de sus relaciones comerciales. La razón por la que es necesario prestar atención a estos impactos con preferencia sobre los directos no es difícil de discernir: las situaciones de verdadero riesgo para los derechos humanos laborales se producen en el ámbito de dichas cadenas, donde la fragmentación de los procesos productivos y la exacerbada competencia entre las empresas

tener en cuenta, como “la importancia de la relación comercial para la empresa, la gravedad de la infracción y la posibilidad de que la ruptura de la relación con la entidad en cuestión provoque en sí misma consecuencias negativas sobre los derechos humanos”. Véase, por todos, BUENO, *Multinational enterprises and labour*, cit., p. 425.

⁹⁸ Conforme apuntan, desarrollando la idea de los Principios Rectores, TREBILCOCK, *Due diligence on labour issues*, cit., p. 101; SHERMAN, cit., p. 7.

⁹⁹ Esta distinción es hecha por TREBILCOCK, *Due diligence on labour issues*, cit.

crean un caldo de cultivo propicio para la materialización de una diversidad de atentados contra los mismos. El espacio nuclear de aplicación de la diligencia debida en materia de derechos humanos laborales es, así pues, el de los impactos de naturaleza indirecta sobre los derechos protegidos, asociados a los supuestos de *contribución y vinculación* antes referidos.

Una vez establecido lo anterior, emerge inmediatamente la siguiente pregunta: ¿cuándo es posible entender que una empresa contribuye a un impacto adverso sobre los derechos humanos laborales y cuándo, en cambio, ha de considerarse que tiene únicamente una vinculación directa con este?

En línea de principio, es posible entender que una empresa *contribuye* a un impacto adverso cuando sus acciones o actividad causan, facilitan, inducen o incentivan a otra entidad, normalmente un proveedor, contratista o socio comercial de su cadena de valor, a causar ese impacto¹⁰⁰. Esto supone que debe existir un elemento o factor de “causalidad” entre la conducta de la empresa y la actuación del autor de la vulneración¹⁰¹ de entidad suficiente como para considerar que la vulneración no se habría producido sin el concurso de la primera, se hizo posible o fue más fácil gracias a ella o que la alentó o motivó¹⁰². Dicha contribución debe ser, en consecuencia, “sustancial” y “no menor o insignificante”, como apostillan las Directrices de la OCDE¹⁰³. La situación es por completo distinta en los supuestos de *vinculación directa*. Aquí estamos delante de impactos adversos que no son causados ni provocados por la empresa que debe ejercer la diligencia debida, sino que son realizados de forma autónoma por entidades cuyas actividades están relacionadas con las operaciones, productos o servicios de la primera. Estos impactos son, así pues, imputables exclusivamente al colaborador o socio comercial que los ejecuta. Debiéndose tener presente, en cualquier caso, que para poder establecer la presencia de esta clase de vinculación no resulta necesaria la existencia de una relación comercial directa con la entidad causante del daño, toda vez que el nexo exigido en estos casos por los Principios Rectores es uno entre el impacto adverso y las actividades de la empresa líder de

¹⁰⁰ Los tres primeros términos son utilizados por las Directrices de la OCDE en el comentario núm. 16 a su parte II. El cuarto aparece al lado de los dos primeros en la Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado, p. 60.

¹⁰¹ WILDE-RAMISNG, VANPEPERSTRAETE, HACHFELD, *cit.*, p. 12.

¹⁰² De acuerdo con las indicaciones de la guía citada en *supra* nota 101.

¹⁰³ Otra vez en el comentario n. 16 a su parte II.

la cadena. Y no, por tanto, entre esta y la primera¹⁰⁴. Dadas sus características, este tipo de implicación está en condiciones de proyectar los procesos de diligencia debida hacia todos los espacios y niveles de las cadenas de valor de las empresas. Sin que la falta de proximidad con el agente debido a la existencia de numerosos intermediarios e incluso el desconocimiento de su existencia sean motivos para excluirla.

Esta es, con todo, una distinción que resulta más fácil de comprender desde el punto de vista conceptual que de ser trasladada de manera adecuada a la compleja realidad del trabajo prestado al interior de las cadenas globales de valor. Al menos si se parte de una visión superficial de sus alcances. No debemos perder de vista que actualmente resulta poco menos que imposible encontrar una sola empresa de cierta dimensión o importancia que ponga en marcha políticas o medidas que, de forma clara y directa, impulsen, motiven o induzcan a sus colaboradores a recurrir al trabajo forzoso, a la explotación laboral infantil, a las prácticas antisindicales o a incumplir los estándares internacionales en materia de salarios, tiempo de trabajo o seguridad y salud. En realidad, la única forma de aplicarla es tratando de ir más allá de las apariencias, mediante la realización de una valoración profunda de las *causas estructurales* que pueden encontrarse detrás de los impactos negativos sobre los derechos humanos laborales causados por las entidades integradas en los distintos eslabones de esas cadenas¹⁰⁵. Esto conduce a prestar atención a las características del modelo de negocio y las prácticas de abastecimiento de las empresas y a valorar la incidencia que ambos pueden tener sobre la materialización de vulneraciones de los derechos de los trabajadores de las empresas colaboradoras.

La realización de este análisis permite entender, por ejemplo, que si bien una empresa que recurre a prácticas comerciales predatorias, abonando precios abusivamente bajos, imponiendo plazos excesivamente cortos o modificándolos constantemente, por citar solo algunos ejemplos¹⁰⁶, no está vulnerando con ello de forma directa los referidos derechos, está induciendo

¹⁰⁴ WILDE-RAMISNG, VANPEPERSTRAETE, HACHFELD, *cit.*, p. 14.

¹⁰⁵ Nuevamente, WILDE-RAMISNG, VANPEPERSTRAETE, HACHFELD, *cit.*, p. 20. En el mismo sentido, MARES, *Securing human rights through risk-management methods: Breakthrough or misalignment?*, en *LJIL*, 2019, n. 32.

¹⁰⁶ Véase, con referencia a un estudio de caso especialmente relevante, ANNER, *Prácticas de compra predatorias en las cadenas mundiales de suministro de la industria de la confección: tensión en las relaciones laborales en la India*, en *RIT*, 2019, n. 4, pp. 761-787.

o empujando a sus socios comerciales a hacerlo para estar en condiciones de atender sus requerimientos¹⁰⁷. O está incrementando sustancialmente el riesgo de que esta clase de actuaciones puedan producirse. No siendo en última instancia, por tanto, la precariedad laboral, los salarios insuficientes, las jornadas excesivas, las deficientes condiciones de seguridad y salud, la hostilidad hacia los sindicatos y la negociación colectiva e incluso el trabajo infantil y el recurso a fórmulas de trabajo clandestino más que el resultado previsible de este tipo de prácticas¹⁰⁸.

Como consecuencia de esta aproximación estructural, el espacio de los supuestos de contribución a la vulneración de los derechos laborales por parte de las grandes compañías está en condiciones de ampliarse a costa de los de mera vinculación, que deben entenderse circunscritos a las situaciones en que no sea posible detectar ningún tipo de incidencia, ni directa ni a través de un efecto “en cascada” entre proveedores, de sus políticas comerciales sobre la conducta como empleador del sujeto causante de la vulneración.

Es más, tampoco es posible fijar una frontera clara y permanente entre ambos tipos de implicación. En realidad, se trata de dos extremos de un *continuum*, dentro del cual la naturaleza de la implicación de la empresa líder de la cadena puede variar a lo largo del tiempo, dependiendo de los alcances de su respuesta o de la falta de ella, en particular en relación con un impacto adverso con el que inicialmente solo se encontraba vinculada¹⁰⁹. Así, la ausencia de medidas para prevenir o mitigar una vulneración de los derechos laborales previamente detectada está en condiciones de ser considerada como una omisión que contribuye o facilita su perpetuación, especialmente cuando se combina con compras repetidas y significativas de productos que se sabe que están asociados a esa vulneración. De igual modo, una empresa que inicialmente estuvo solo vinculada a un comportamiento contrario a esos derechos puede luego ser considerada contribuyente al mismo si mantiene esa relación pese a que las medidas que adoptó para hacerle frente no consiguie-

¹⁰⁷ Sobre esta constatación, comúnmente aceptada dentro de la literatura especializada, véase, por todos, BUENO, *Multinational enterprises and labour*, cit., pp. 424-425.

¹⁰⁸ Como apuntarían hace ya bastante tiempo ANNER, BAIR, BLASIT, *Toward Joint Liability in global Supply Chains: address-sing the root causes of Labour Violations in International Subcontracting Networks*, en *CLPJ*, 2013, n. 1, especialmente p. 3.

¹⁰⁹ Coincidentemente, SHERMAN, cit., p. 8; WILDE-RAMISNG, VANPEPERSTRAETE, HACHFELD, cit., p. 12-13.

ron acabar con él o reducirlo. Incluso, la previsibilidad de la presencia de situaciones de déficit en el respeto de los derechos laborales, es decir la medida en la que la empresa podría o debería haber sabido razonablemente de su posible existencia, puede ser considerada como un factor capaz de determinar el tránsito de una clase de implicación a la otra¹¹⁰.

La consideración de esta distinción entre contribución y vinculación representa un factor clave a los efectos de la correcta realización de la *evaluación de riesgos* que debe representar el punto de partida de cualquier proceso de diligencia debida dirigido a la prevención de impactos adversos sobre los derechos humanos laborales en las cadenas de valor de las empresas. Aunque esta evaluación ha de partir de la consideración de una serie de factores contextuales de incidencia general, como son los relacionados con las características del sector de actividad en el que opera la empresa, la configuración de sus cadenas de valor, la naturaleza de los productos que fabrica o los servicios que presta y las condiciones socioeconómicas, culturales, legales y de gobernanza del país en el que se ubican sus colaboradores¹¹¹, este análisis deberá verse complementado por la ponderación de la incidencia del modelo de abastecimiento y las prácticas de compra de la misma sobre las posibilidades de cumplimiento de los estándares internacionales de protección laboral por parte de los proveedores del primer nivel, así como del impacto “reflejo” que estos factores pueden tener sobre los situados en los restantes eslabones de la cadena de valor¹¹².

Este último es, además, un análisis que deberá adaptarse al contenido de cada derecho humano laboral, así como a la influencia que sobre su respeto están en condiciones de desplegar los factores antes indicados. Y muy en particular los aludidos en último término, que pueden determinar el paso de la mera vinculación a la contribución cada vez que sea posible establecer que son las condiciones impuestas por la empresa líder las que dificultan o hacen inviable el cumplimiento de los estándares exigidos a sus colaboradores¹¹³.

¹¹⁰ Estos ejemplos han sido tomados de los textos de los autores citados en la nota anterior, loc. cit.

¹¹¹ Un listado ordenado de todos estos factores puede apreciarse, por ejemplo, en la Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado, pp. 44-46.

¹¹² Véase, destacando especialmente esta idea, WILS, SWAN, *cit.*, p. 10.

¹¹³ Una muestra de este análisis, en relación con la limitación del tiempo de trabajo y las horas extraordinarias excesivas, está representado por la *Fair Working Hours Guide*, elaborada en

Es importante indicar, en fin, que también el contenido de las medidas que deberán ser adoptadas por las empresas a los efectos de prevenir o mitigar los riesgos e impactos negativos para los derechos humanos laborales detectados guarda una relación de estrecha correspondencia con la naturaleza de su implicación en ellos.

Así, a la luz de lo expuesto resulta completamente claro que, para prevenir o poner fin a su posible contribución a la generación de los mismos, las empresas deberán empezar por concebir los procesos de diligencia debida como algo más que un puro ejercicio de vigilancia¹¹⁴ y adoptar un enfoque profundo, centrado en la prevención de las causas estructurales que pueden encontrarse en la base de las deficientes condiciones laborales y los abusos dentro de sus cadenas de valor. El control sobre los proveedores y los socios de estos deberá, de este modo, verse acompañado de prácticas de compra responsables, que aseguren o al menos no pongan en cuestión la viabilidad económica de los derechos de los trabajadores de la cadena de valor¹¹⁵. Entre ellas, de manera especial la garantía de una cierta estabilidad en los pedidos, la fijación de precios que sirvan de soporte para las condiciones laborales exigidas y en particular para el pago de salarios dignos, el establecimiento de tiempos de entrega razonables y no alterables unilateralmente, el cumplimiento de los plazos previstos para los pagos y la creación de vínculos razonablemente duraderos con los proveedores, poniendo límites a la elevada intercambiabilidad entre ellos que impera en algunos sectores¹¹⁶.

2023 por JANSEN Y HOHENNEGGER para la Fundación Fair Wear. En esta se evalúan las causas profundas que pueden provocar un exceso de tiempo de trabajo en el sector de la confección, distinguiendo entre las que se relacionan con la empresa solicitante de los encargos y las que están dentro de la esfera de control del proveedor, llegándose a la conclusión de que más de la mitad de las razones de ese exceso se vinculan con las prácticas de compra de las primeras. No está de más advertir, con todo, que de momento no se dispone de instrumentos suficientemente desarrollados que puedan servir de guía a las empresas para identificar y medir los riesgos a los que se encuentran expuestos los distintos derechos humanos laborales a lo largo de sus cadenas de valor. Esta es una carencia destacada especialmente por BUENO, *Multinational enterprises and labour*, cit., p. 435. Un buen ejemplo de instrumento de este tipo está representado por la Herramienta de orientación de la OIT y la OIE sobre el trabajo infantil destinada a las empresas, lanzada en 2016.

¹¹⁴ WILS, SWAN, cit., p. 9.

¹¹⁵ Sobre esta consideración, ampliamente compartida por los estudiosos de la materia, puede verse, por todos, SHERMAN, cit., pp. 8-9.

¹¹⁶ Permítaseme la remisión a mi estudio *Comercio internacional y trabajo: resultados de una investigación global*, en SANGUINETI RAYMOND (Dir.), *Comercio internacional, trabajo y derechos hu-*

La situación no es la misma cuando la empresa solo está vinculada por razón de sus operaciones, productos o servicios a un impacto negativo que no ha causado ni contribuido a causar a través de su conducta o sus políticas y prácticas comerciales. Aquí, como ha quedado dicho, aquella debe exclusivamente *utilizar su influencia* sobre la entidad de su cadena de valor generadora del riesgo o causante del daño, con el fin de persuadirla de que prevenga, mitigue o ponga fin a los mismos. Esto significa que la naturaleza y los alcances de las medidas a adoptar dependen del nivel de influencia que la empresa posea sobre dicha entidad, valorado en función de las circunstancias prácticas de la relación que tenga con ella¹¹⁷. Para determinar el contenido de su intervención la empresa deberá empezar, en consecuencia, por llevar a cabo una estimación, de índole eminentemente casuística, de su “capacidad de cambiar las prácticas perjudiciales de la entidad responsable del daño”, de acuerdo con la definición que de la noción de influencia ofrecen las Directrices de la OCDE¹¹⁸, teniendo en cuenta para ello una diversidad de factores, entre los cuales estas últimas mencionan los siguientes: la naturaleza de la relación comercial, la estructura y complejidad de la cadena de suministro y el número de proveedores y otras relaciones comerciales, las características de los productos o servicios de los que se trate y la naturaleza del impacto negativo al que se preste atención¹¹⁹.

Aunque todos estos factores han de ser tenidos en cuenta, no cabe duda que los más relevantes para medir el nivel de influencia de la sociedad líder sobre sus colaboradores son los que prestan atención a la naturaleza de la relación comercial que mantiene con ellos y la posición que ocupan en la cadena de valor. En aplicación de este doble parámetro, es posible considerar que la influencia de la empresa líder sobre un socio comercial o proveedor es *alta* cuando posee el control sobre él, normalmente a través de medios corporativos, como ocurre en el caso de una filial, o mantiene un vínculo contractual directo y una relación comercial de larga duración con este, representando los pedidos que realiza una porción significativa de su volumen total de negocios; mientras que esa influencia puede ser *media* o *baja* si no

manos, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021, especialmente p. 35, con referencia a las propuestas realizadas en marco del Grupo Internacional de Investigación sobre Comercio Internacional y Trabajo, de cuyas labores da cuenta la obra.

¹¹⁷ Véase BUENO, *Corporate Liability for Violations*, cit., especialmente el apartado I.2.1.

¹¹⁸ En el comentario n. 23 a su Parte II.

¹¹⁹ Véase el comentario n. 24 a la Parte II.

posee un nexo contractual directo con el proveedor, sus interacciones comerciales son esporádicas o de corto plazo y los encargos relacionados con sus actividades representan una fracción poco relevante de las operaciones del primero; e incluso *baja* o *muy baja* en el caso de que el mismo se sitúe en una posición alejada de la empresa líder dentro de la cadena de valor¹²⁰.

Naturalmente, las medidas que han de ser puestas en marcha en cada una de estas situaciones pueden y deben ser distintas. En la primera, la mejor opción será seguramente la utilización de la relación comercial privilegiada que se mantiene con la entidad colaboradora como la herramienta principal para exigirle el acatamiento de los estándares laborales vigentes a nivel internacional, recurriendo a medidas como la inclusión de cláusulas *ad hoc* en los contratos de aprovisionamiento o las órdenes de compra, que atribuyan a esos estándares el estatus de condiciones de asociación o requisitos para el mantenimiento del nexo mercantil, unidas seguramente a programas de formación y sistemas de desarrollo de capacidades¹²¹. Con aplicación de las consecuencias previstas por estas cláusulas cuando corresponda. Algo que puede dar lugar, dependiendo de los casos, bien por la continuación de la relación comercial mientras duren los esfuerzos de mitigación, bien a su suspensión a lo largo de este proceso cuando sea necesario, especialmente en atención a la gravedad de los riesgos, incluso a la terminación del vínculo, si han fracasado los esfuerzos de mitigación o esta no se considere factible y el riesgo resulta particularmente grave¹²².

Cuando el nivel de influencia pueda ser considerado medio y, sobre todo, bajo o muy bajo, en cambio, asume un rol fundamental la labor preventiva de la empresa líder de la cadena. Para ponerla en marcha esta deberá, antes que nada, utilizar la influencia cierta que posee sobre sus socios comerciales de los primeros niveles con el fin de exigirles, en especial a través de fórmulas contractuales como las que acaban de ser mencionadas, que apli-

¹²⁰ Esta clasificación parte de la propuesta formulada por la Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado, p. 42.

¹²¹ Apuntando en esta dirección, SHERMAN, *cit.*, pp. 8-9. Esta es una técnica tradicionalmente utilizada por las empresas multinacionales de diversos sectores. Puede verse, en este sentido, mi estudio *Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas*, en SANGUINETI RAYMOND (Dir.), *La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*, Cinca, Madrid, 2014, pp. 210-213.

¹²² De acuerdo con el comentario núm. 25 a la Parte II de las Directrices de la OCDE.

quen y exijan, a su vez, la diligencia debida en materia de derechos humanos laborales a sus colaboradores de los niveles inferiores o se abstengan de encargar la producción a terceros que no ofrezcan garantías suficientes¹²³. Además, dicha empresa deberá llevar a cabo, por todos los medios a su alcance, una cuidadosa actividad de control sobre las fuentes de las que se nutren sus proveedores, con el fin de imponerles, de ser necesario a través de ese efecto contractual “en cascada”, la adopción de las medidas necesarias para prevenir o poner fin a los impactos detectados o la finalización de todo vínculo con ellos.

En cualquier caso, debe descartarse de plano que una empresa pueda escudarse en su falta de influencia para no adoptar ninguna medida y continuar abasteciéndose de productos o servicios asociados a impactos negativos sobre los derechos de los trabajadores. Por el contrario, las empresas deben llevar a cabo la diligencia debida con independencia del grado de influencia que posean sobre sus colaboradores, ya que este es un factor condicionante de los alcances de las medidas a adoptar y no de la necesidad de ponerlas en marcha. De no contar con influencia sobre un proveedor o un nivel de su cadena de valor, la empresa deberá, por tanto, realizar los esfuerzos necesarios para crearla o incrementarla¹²⁴, recurriendo por ejemplo a alianzas con otras empresas dedicadas a la misma actividad para sumar fuerzas, o prescindir de esa fuente de abastecimiento.

3.4. *Participación significativa de los representantes de los trabajadores en el diseño, la aplicación y el control de las políticas y medidas de diligencia debida*

La enunciación de los rasgos característicos y requisitos esenciales de la diligencia debida en materia de derechos humanos laborales que se viene realizando resultaría incompleta si se dejase de hacer referencia al protagonismo que dentro de su concepción y puesta en práctica ha de reconocerse a la participación de los trabajadores de las cadenas de valor, canalizada a través de sus representantes en sus distintos niveles. De hecho, como habrá ocasión de indicar a continuación, esta participación constituye, a la vez, un componente ineludible de todo proceso de diligencia debida y una condición para su eficacia.

¹²³ La presencia de este tipo de cláusulas es frecuente también en los instrumentos a los que alude el estudio citado *supra* nota 122.

¹²⁴ Como apunta SHERMAN, *cit.*, p. 9.

La anterior no es una conclusión que pueda extraerse de la sola lectura de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, que se conforman con incluir referencias genéricas a la necesidad de realizar “consultas sustantivas” con “los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas” o a “tener en cuenta” los “comentarios de las partes afectadas” en las etapas de identificación y evaluación de los riesgos y de seguimiento de la eficacia de la respuesta frente a ellos¹²⁵, obviando cualquier alusión a los trabajadores o sus representantes como grupo potencialmente afectado por el desarrollo de las actividades empresariales o parte interesada en la ejecución de los procesos de diligencia debida. Es únicamente en la Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable, publicada en 2018, donde es posible encontrar referencias más precisas a la posibilidad de recabar “informes” y de “consultar e involucrar”, como parte de los “titulares de los derechos afectados o potencialmente afectados”, a “los trabajadores, los representantes de los trabajadores y los sindicatos” durante las etapas antes referidas¹²⁶.

No cabe duda, sin embargo, que la posición como *stakeholders* de los trabajadores de las cadenas de valor y sus representantes no resulta equiparable a la que ocupan otras personas y grupos de interés que se sitúan en el exterior del espacio de desarrollo de las actividades productivas y comerciales de las empresas¹²⁷. Antes que por ninguna otra razón, porque los trabajadores son los principales titulares de los derechos protegidos y los sujetos que de manera más clara, inmediata y directa pueden ver afectados esos derechos con ocasión o como consecuencia de la ejecución de esas actividades¹²⁸, como viene demostrado por el amplísimo historial de graves vulneraciones de los mismos experimentadas en las últimas décadas, que ha estado en la base del surgimiento del estándar de diligencia debida. Podrá discutirse, en consecuencia, la conveniencia de incluir o no el punto de vista de otros colectivos o grupos, pero la intervención de los representantes de los trabajadores no solo no podrá estar ausente de los procesos de diligencia debida, sino que deberá ocupar una posición privilegiada dentro de estos.

Quienes trabajan en las cadenas de valor están, además, dada su condi-

¹²⁵ Principio 18, letra b) y Principio 20, letra b).

¹²⁶ Véase las páginas 29, 31 y 52 de la guía recién indicada.

¹²⁷ TREBILCOCK, *Due diligence on labour issues*, cit., p. 103, destacando de manera especial esta diferencia.

¹²⁸ Como observan WILS, SWAN, *cit.*, p. 3.

ción de participantes directos en los procesos sobre los que debe ejercerse la diligencia debida, en la mejor posición para identificar los riesgos a los que pueden verse expuestos los derechos de los que son titulares, detectar las vulneraciones que estos puedan padecer y proponer medidas adecuadas para abordarlos¹²⁹. De ahí que se haya dicho que los trabajadores son “los mejores auditores”¹³⁰ e incluso “expertos con profundos conocimientos sobre los riesgos potenciales y reales a lo largo de la cadena de valor”¹³¹, toda vez que “están en el lugar todo el día, todos los días”, “conocen el proceso y los problemas de las operaciones normales”, “tienen ideas para resolver los problemas” y “pueden verificar si las correcciones se aplican y funcionan realmente”¹³². Contar con su participación supone, en virtud de ello, disponer de una herramienta clave para superar las limitaciones de los tradicionales sistemas de supervisión de proveedores y contratistas, basados en un enfoque superficial “de instantánea” llevado a cabo a través de auditorías realizadas en momentos específicos y centradas en los síntomas antes que en las causas de los problemas¹³³, optando por un método capaz de permitir una aplicación eficaz de los procesos de diligencia debida.

No se debe olvidar, finalmente, que la participación de los trabajadores resulta indispensable para solventar el conflicto de intereses que subyace al diseño de las políticas y las medidas de diligencia debida cuando este recae exclusivamente en las propias empresas¹³⁴. Un conflicto que puede conducir a que esas políticas y medidas sean diseñadas teniendo en cuenta exclusivamente los intereses de estas y no los de los titulares de los derechos protegidos, dando lugar a procedimientos puramente cosméticos, de mero *compliance*, sin capacidad real para cumplir su función, o a una selección interesada de las vulneraciones a prevenir, enfocada exclusivamente en aquellas de mayor impacto negativo sobre su reputación e imagen de marca, con el consiguiente

¹²⁹ En la misma dirección, LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, cit., p. 154.

¹³⁰ Dicho con palabras de FORD, NOLAN, *Regulating transparency on human rights and modern slavery in corporate supply chains: the discrepancy between human rights due diligence and the social audit*, en *AJHR*, 2020, n. 26, p. 12.

¹³¹ Según afirman WILS, SWAN, *cit.*, p. 6.

¹³² OUTHWAITE, MARTIN ORTEGA, *Worker-driven monitoring. Redefining supply chain noni-toring to improve labour rights in global supply chains*, en *C&C*, 2019, vol. 23, n. 4, p. 389.

¹³³ NOLAN, *Chasing the Next Shiny Thing: Can Human Rights Due Diligence Effectively Address Labour Exploitation in Global Fashion Supply Chains?*, en *IJCJSD*, 2022, n. 11, p. 7.

¹³⁴ Sobre el cual llaman la atención especialmente OUTHWAITE, MARTIN ORTEGA, *Worker-driven monitoring*, cit., p. 383.

abandono de las demás¹³⁵. La mejor manera, si no la única, de prevenir estas desviaciones es incorporando la voz de los trabajadores a los procesos de diligencia debida, con el fin de hacer posible que la tutela de sus derechos se sitúe en el centro de estos.

La adopción de este enfoque supone dejar de ver a las personas que trabajan al interior de las cadenas de valor exclusivamente como víctimas pasivas que requieren la asistencia de las empresas, para pasar a concebirlas como agentes del cambio, capaces de asumir un rol proactivo en la promoción del respeto de sus derechos en todo el espacio de las mismas¹³⁶. Naturalmente, para que la participación de la que venimos hablando pueda cumplir esta función es preciso que sea *significativa* y no meramente superficial. Esto requiere que se cumplan al menos tres condiciones elementales.

La primera y más evidente es que comprenda todas las etapas de las que se componen los procesos de diligencia debida, desde la de identificación y evaluación de los riesgos, pasando por la de selección y adopción de las medidas oportunas para prevenir o mitigar los que hayan sido detectados, hasta llegar a la evaluación de los resultados de estas últimas¹³⁷. Esta es una condición cuya plena satisfacción requiere del reconocimiento de cuatro bloques de derechos o prerrogativas de carácter instrumental¹³⁸:

a) *Derechos de información*, dirigidos a hacer posible el acceso a toda la información necesaria para una participación adecuada y eficaz en los procesos de diligencia debida, lo cual requiere la transmisión de datos razonablemente precisos sobre la estructura y la composición de la cadena de valor, incluidos los proveedores que participan en ella, la metodología empleada en las evaluaciones de riesgos, las auditorías realizadas y las medidas preventivas y de mitigación adoptadas, así como sus resultados;

b) *Derechos de consulta*, encaminados a permitir que los titulares de los derechos laborales puedan desempeñar un papel activo y relevante en el diseño de los procesos de diligencia debida, para lo que deberán crearse espacios que permitan que sus puntos de vista sean oídos y tenidos en cuenta en

¹³⁵ Para un mayor desarrollo de este argumento puede verse mi estudio *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo. La génesis de un estatuto para el trabajo global*, cit., pp. 174-176.

¹³⁶ MARSHALL *et al.*, cit., p. 8; DEVA, cit., p. 405.

¹³⁷ Véase, por todos, MARSHALL *et al.*, cit., p. 18.

¹³⁸ De modo parecido, LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, cit., pp. 152-157, haciendo referencia a la necesidad de reconocer a los representantes de los trabajadores tres bloques de derechos: derechos de información, derechos de consulta y derechos de aplicación.

particular en las fases de la identificación de los riesgos y elaboración de las medidas necesarias para su prevención y mitigación;

c) *Derechos de supervisión y control*, cuyo propósito es situar a los mismos en el centro de los esfuerzos de vigilancia, de forma que estos ofrezcan resultados fiables y reflejen adecuadamente sus necesidades, requiriéndose para esto que los representantes participen activamente en el diseño de los sistemas de control de los socios comerciales y proveedores, así como en la fijación de sus objetivos y prioridades, y que su puesta en práctica los implique de forma relevante; y

d) *Derechos de participación en la solución y la remediación*, que les reconozcan ese papel en el diseño y la aplicación de los mecanismos y las fórmulas de solución de los problemas detectados, a través de su inclusión en los procesos de identificación y denuncia de posibles vulneraciones, la investigación de su existencia y la determinación de las respuestas frente a ellas¹³⁹.

La segunda condición para que la participación de los trabajadores pueda ser considerada significativa es que se lleve a cabo colectivamente y no de forma individual. El acceso personalizado a los sistemas de denuncias que puedan ser implementados por las empresas y las reuniones con grupos de trabajadores convocadas por las empresas constituyen vías de actuación distintas, de eficacia más bien dudosa, sobre todo en el segundo caso¹⁴⁰, que por su propia naturaleza no están en condiciones de satisfacer los requisitos de una verdadera participación de los trabajadores como grupo de interés, que requiere del concurso de las organizaciones que los representan. Y muy en particular de los sindicatos libremente constituidos por ellos.

No puede dejar de indicarse, en tercer lugar, que solo será posible hablar de una participación significativa de los trabajadores en el caso de que esta se encuentre en condiciones de implicar a representantes de los trabajadores de todos los espacios y eslabones posibles de las cadenas de valor. Y no solo de la casa matriz y de sus filiales, por más importantes que estas sean. La identificación de estos representantes es, no obstante, una tarea extremadamente compleja. De ahí que se haya indicado que la puesta en práctica de cualquier proceso de diligencia debida deberá empezar por la realización de una *carto-*

¹³⁹ La formulación de los derechos mencionados en las letras c) y d) se inspira en la propuesta de un nuevo marco para la vigilancia de las cadenas de valor formulada por OUTHWAITE, MARTIN ORTEGA, *Worker-driven monitoring*, cit., pp. 384-390.

¹⁴⁰ Alertan sobre esta clase de reuniones, especialmente cuando se realizan con trabajadores seleccionados por las empresas, MARSHALL *et al.*, cit., p. 19.

*grafía exhaustiva de las partes interesadas*¹⁴¹, que sirva para identificar a los sujetos que cuentan con el respaldo de los trabajadores en los distintos niveles del proceso global de producción. Debiendo tenerse en cuenta aquí que estos trabajadores no constituyen un grupo homogéneo sino que difieren notablemente entre sí en cuanto a su grado de visibilidad y vulnerabilidad, por lo que resulta especialmente necesario identificar a quienes están en condiciones de llevar la voz de los menos visibles y más vulnerables¹⁴², ya que es en relación con ellos que los riesgos para los derechos humanos laborales resultan especialmente patentes.

El cumplimiento de estas tres condiciones conlleva el tránsito de una visión unilateral, elitista y tecnocrática de la diligencia debida a otra de carácter *pluralista*¹⁴³, que empodera a los trabajadores y sus organizaciones y los coloca en el núcleo de los procesos de diligencia debida, convirtiéndolos en los “ojos y oídos” necesarios para su aplicación eficaz¹⁴⁴.

Con todo, la puesta en marcha de estas fórmulas de participación puede verse gravemente obstaculizada, incluso existiendo voluntad de ponerla en marcha por parte de la empresa líder, por la inexistencia de representantes de los trabajadores, y en particular de sindicatos libremente constituidos, en muchos de los espacios de las cadenas de valor. Para superar esta carencia, es recomendable que las empresas pongan en marcha, incluso por propia conveniencia ya que la presencia de representantes de los trabajadores constituye, según hemos visto, un elemento especialmente valioso para la prevención de prácticas abusivas, medidas dirigidas a proteger la libertad de sindicación e incluso promover la creación de sindicatos en las fábricas y centros de trabajo de sus redes de contratistas y proveedores¹⁴⁵. Unas medidas que podrán tomar la forma de acuerdos marco con las federaciones sindicales mundiales de rama de actividad, en los que se incluya el compromiso de favorecer la implementación de la libertad sindical en las cadenas de valor, introduciendo

¹⁴¹ Como recomiendan WILS, SWAN, *cit.*, p. 6.

¹⁴² WILDE-RAMISNG, VANPEPER-STRATE, HACHFELD, *cit.*, p. 25.

¹⁴³ LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, *cit.*, p. 154, destacando que esta visión parte de reconocer la realidad de intereses divergentes y promueve oportunidades de diálogo y enfoque negociados capaces de reforzar los sistemas empresariales de gobernanza laboral.

¹⁴⁴ OUTHWAITE Y MARTIN ORTEGA, *Worker-driven monitoring*, *cit.*, p. 385.

¹⁴⁵ De acuerdo con la recomendación contenida en el informe *Unpicked. Fashion & Freedom of Association*, publicado en octubre de 2022 por el Business & Human Rights Centre, p. 17. Texto disponible en: https://media.business-humanrights.org/media/documents/2022_Unpicked_Fashion_and_FOA.pdf.

un conjunto de derechos y garantías instrumentales encaminados a ese objetivo¹⁴⁶. La firma de estos acuerdos puede representar, de hecho, un importante punto de apoyo para la construcción de *redes sindicales transnacionales* que contribuyan al despliegue del poder sindical más allá de las fronteras nacionales y las múltiples identidades corporativas implicadas en las cadenas de valor¹⁴⁷. La inexistencia de sindicatos o incluso el hecho de que estos se encuentren prohibidos o estén controlados por el Gobierno en un país determinado no exime a la empresa, de cualquier modo, de su compromiso de promover una participación significativa de los trabajadores de sus cadenas de valor. De ser este el caso, las empresas deberán realizar acciones específicas para promover la consulta y la participación autónoma de los trabajadores¹⁴⁸.

Por lo que se refiere a la fuente del reconocimiento de los derechos de participación de los que se viene tratando, debe indicarse que, aunque es deseable su reconocimiento con la mayor amplitud y claridad posible en las normas reguladoras de la diligencia debida obligatoria, su espacio natural de plasmación está representado por la suscripción de protocolos y acuerdos con las organizaciones sindicales de ámbito transnacional o representativas de los trabajadores de las cadenas de valor, a través de los cuales se regule su participación en el diseño y la implementación de los procesos de diligencia debida¹⁴⁹, incluyendo el control de su aplicación y la solución de los conflictos que puedan presentarse¹⁵⁰, creando en la medida de lo posible estructuras de cogobernanza de estos procesos¹⁵¹.

¹⁴⁶ La experiencia pionera y a la vez de absoluta referencia está representada por el Acuerdo Marco Global de Inditex, respecto de cuyos contenidos ligados a la promoción del despliegue de la libertad sindical a lo largo de la cadena de valor de esta empresa se remite al estudio de BOIX LLUCH, *cit.*, *supra* nota 91.

¹⁴⁷ FICHTER, *Organising In and Along Value Chains What Does It Mean for Trade Unions?*, Friedrich Ebert Stiftung, 2015, p. 10. Texto disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/iez/11560.pdf>.

¹⁴⁸ Conforme apunta la *Guía de Debida Diligencia para la Participación Significativa de las Partes Interesadas Involucradas en el Sector de Extracción*, publicada en 2015 por la OCDE, p. 86.

¹⁴⁹ Expresamente en este sentido, véase la *Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado*, pp. 28-29.

¹⁵⁰ Como indica también el informe citado en *supra* nota 146.

¹⁵¹ Uno de los ejemplos más notables de este tipo de pactos viene dado por el Protocolo para la aplicación del Acuerdo marco Global entre IndustriALL Global Union e Inditex, suscrito el 3 de octubre de 2022, a través del cual se crea una estructura específica de interlocución en cuyo vértice se sitúa un Comité Sindical Global compuesto por representantes de los sindicatos tanto de la sociedad matriz como de su cadena de suministro global. Asimismo, constituye un

3.5. *Consideración de la no aplicación o la aplicación deficiente de los procesos de diligencia debida como fuente de responsabilidad administrativa y civil de las empresas*

Al listado de cuatro rasgos o elementos necesarios de la dimensión laboral de la diligencia debida presentados hasta aquí debe serle añadido un quinto componente, asociado a su regulación legal. Este se encuentra representado por la creación de mecanismos que permitan asignar consecuencias jurídicas a la no aplicación o la aplicación defectuosa de los procesos de diligencia debida, incluyendo dentro de estas últimas la atribución a las empresas de responsabilidades por los daños que puedan haberse ocasionado a los trabajadores titulares de los derechos protegidos¹⁵². La presencia de este ingrediente resulta de fundamental importancia para que los procesos de diligencia puedan proyectar sus efectos más allá de la línea marcada por la tutela de los intereses reputacionales de las grandes corporaciones, hacia el conjunto de los derechos humanos laborales y la totalidad de las entidades integradas en sus cadenas de valor, contribuyendo a prevenir no solo las vulneraciones directas de esos derechos sino también las indirectas, incluyendo dentro de estas las que las empresas no han causado ni contribuido a causar, pero que guarden una relación directa con sus productos, operaciones o servicios.

La que se acaba de formular no es una conclusión que se desprenda del contenido de los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Por el contrario, estos parten de contemplar la diligencia debida como un estándar de conducta, pero no como una fórmula de atribución de responsabilidades¹⁵³. Una cuestión, esta última, que consideran supeditada a lo que disponga la legislación de los Estados. “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos” se afirmará en ellos de manera rotunda con el fin de no dejar espacios para la duda, “se diferencia de las cuestiones de responsabilidad legal y de cumplimiento de las leyes, que siguen dependiendo en gran medida de las disposiciones legislativas nacionales en las jurisdicciones pertinentes”¹⁵⁴.

referente absoluto la estructura de cogobernanza creada a través del Acuerdo sobre la prevención de incendios y seguridad en la construcción en Bangladesh, sobre la que llama la atención SALORANTA, *Collective and Collaborative Worker-driven Mechanisms? A Mission (im)possible to Enhance Access Remedy in Relation to Human Rights Due Diligence?*, en *EBLR*, 2023, vol. 34, n. 2, p. 292.

¹⁵² LANDAU, *Human Rights Due Diligence and the risk of cosmetic compliance*, cit., p. 244.

¹⁵³ D’AMBROSIO, cit., p. 626.

¹⁵⁴ Comentario al Principio 12.

Para los Principios Rectores, en consecuencia, la diligencia debida – o más bien la falta de ella – no constituye una fuente autónoma de asignación de responsabilidad alguna a las empresas, de forma que su adecuada aplicación queda sujeta en última instancia a su propio criterio, condicionado si acaso por la necesidad de proteger su buen nombre e imagen de marca. No es de extrañar que, a partir de esta constatación, se hable dentro de la literatura especializada de la “brecha de responsabilidad” que caracteriza el diseño de los Principios Rectores¹⁵⁵.

Es evidente que este modesto punto de partida no está en condiciones de garantizar la aplicación del estándar de diligencia debida más allá de los sectores y empresas especialmente expuestos al escrutinio público o caracterizados por un muy elevado y notorio nivel de riesgos. En realidad, como se ha apuntado críticamente, solo una aprehensión jurídica fuerte desde instancias jurídico-públicas de los procesos que puedan poner en marcha las empresas para hacer efectiva su responsabilidad de respetar los derechos humanos puede estar en condiciones de promover su aplicación hacia todos los eslabones de las cadenas de valor de las empresas de los diferentes sectores de actividad de la economía global¹⁵⁶ y favorecer un enfoque profundo y orientado a los resultados de la diligencia debida, conjurando el riesgo de actuaciones puramente cosméticas, sin capacidad real de impacto. La cuestión es, por supuesto, cómo llevar a cabo esta intervención desde fuentes heterónomas sobre los procesos de aplicación de la diligencia debida susceptibles de ser puestos en marcha por las empresas.

No cabe duda que la creación de una autoridad administrativa con capacidades efectivas para supervisar y promover la correcta aplicación de las medidas de diligencia debida constituye un factor crítico a los efectos de promover ese resultado¹⁵⁷. Sobre todo si la misma se encuentra dotada de las

¹⁵⁵ La expresión es utilizada, entre otros autores, por DAUGAREILH, D’AMBROSIO, SACHS, *cit.*, p. 117; BUENO, BRIGHT, *Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability*, en *ICLQ*, 2020, vol. 69, n. 4, p. 763; y SALES PALLARÉS, MARULLO, *El ‘ángulo muerto’ del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro*, en *Persona y Derecho*, 2018, vol. 78, n. 1, pp. 261-291.

¹⁵⁶ BAZ TEJEDOR, *Acerca de la certidumbre jurídica del trabajo decente en las cadenas globales de valor*, en SANGUINETI RAYMOND, VIVERO SERRANO (Dirs.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 123. Este es un punto de vista ampliamente compartido a nivel doctrinal.

¹⁵⁷ Como postula de manera particularmente enérgica LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, *cit.*, p. 157.

facultades necesarias para investigar las presuntas contravenciones, ordenar la adopción de medidas correctoras e imponer sanciones a los infractores. Esta ha sido, de hecho, una de las carencias más notables de las primeras intervenciones normativas sobre la materia y uno de los elementos de novedad más relevantes introducidos por las más recientes¹⁵⁸. La presencia de una instancia de este tipo, particularmente si reviste carácter especializado, permite además despejar las incertidumbres a las que puede conducir el hecho de que la responsabilidad de interpretar lo que la diligencia debida requiere recaiga exclusivamente en los tribunales¹⁵⁹.

Lo anterior no debe hacer perder de vista los límites de la aplicación del control público y la responsabilidad administrativa a un estándar de conducta de contornos tan fluidos como el de diligencia debida, en el que la determinación de las medidas a adoptar en cada caso depende de manera decisiva de la naturaleza y las características del riesgo y la posición que ocupa la empresa en relación con él. Esta es una valoración de carácter cualitativo que difícilmente puede ser llevada a cabo de manera por completo satisfactoria en sede administrativa, ya que requiere la realización de un análisis de fondo sobre la aptitud de las medidas de aplicación de la diligencia debida puestas en marcha para cumplir adecuadamente la función preventiva que se les asigna. Con lo que la presencia aislada de esta clase de sistemas conlleva el riesgo de que la vigilancia termine centrándose en el cumplimiento puramente formal de las exigencias impuestas a las empresas por las normas cuya aplicación se trata de controlar.

A esta limitación de partida de los sistemas de supervisión administrativa hay que sumarle su incapacidad para proporcionar una reparación a las víctimas de las vulneraciones de los derechos humanos por los daños que las medidas de diligencia debida no hayan sido capaces de prevenir o mitigar¹⁶⁰. Esta es, por lo demás, una condición que no solo resulta indispensable para

¹⁵⁸ El primero es el caso de la Ley francesa sobre el deber de vigilancia del año 2017 y el segundo el de la Ley alemana de diligencia debida de las empresas en la cadena de suministro aprobada en 2021. Para una sucinta presentación de los contenidos básicos de ambas leyes puede verse mi estudio citado en *supra* nota 5, pp. 73-74 y 76-78, respectivamente.

¹⁵⁹ LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, cit., p. 258, destacando especialmente el riesgo de que los tribunales se remitan a las prácticas, los procesos y las políticas empresariales existentes y a las interpretaciones que los directivos lleven a cabo sobre lo que deben constituir las medidas de diligencia debida.

¹⁶⁰ Sobre la que llaman la atención especialmente QUIJANO, LÓPEZ HURTADO, *id.*, p. 4.

ofrecer un adecuado amparo a los titulares de los derechos protegidos. Tanto o más relevante es la función disuasoria de cualquier comportamiento negligente o inadecuado que está en condiciones de desplegar sobre las empresas la posibilidad de tener que asumir esa carga¹⁶¹. De hecho, la única forma de conseguir que estas últimas asuman de manera firme y decidida el compromiso de prevenir y hacer frente a las vulneraciones de los derechos humanos laborales al interior de sus cadenas de valor es estableciendo una relación directa entre su no actuación o su actuación negligente y los perjuicios que esas vulneraciones puedan haber ocasionado a los trabajadores afectados, mediante la introducción de reglas específicas en materia de responsabilidad civil que las obliguen a su reparación en esas situaciones¹⁶².

No debemos pasar por alto que este es un resultado que no está en condiciones de verse satisfecho de forma plena mediante la sola aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil vigentes en la mayor parte de ordenamientos nacionales, que en el mejor de los casos alcanzan a cubrir el resarcimiento de los daños que las empresas hayan *causado* con su conducta y los daños que las mismas hayan *contribuido* a causar en concurso con la actuación de sus socios comerciales, en este caso a salvo de las incertidumbres que sobre la aplicación de la noción de “contribución” en el sentido que aquí se le viene dando pueden existir¹⁶³. Fuera del ámbito de la

¹⁶¹ LANDAU, *Human Rights Due Diligence*, cit., p. 161, para quien la creación de un marco específico de responsabilidad es un componente adicional necesario de la regulación de la diligencia debida en materia de derechos humanos, tanto para la disuasión como para garantizar que las víctimas tengan acceso a la reparación.

¹⁶² Nuevamente, QUIJANO, LÓPEZ HURTADO, cit., p. 3. En el mismo sentido, TREBILCOCK, *El desastre del Rana Plaza siete años después: iniciativas transnacionales y proyecto de tratado*, en *RIT*, 2020, n. 4, p. 621.

¹⁶³ Téngase presente aquí los resultados del caso seguido en los Estados Unidos contra la multinacional *Wal-Mart* por la imposición a sus contratistas de plazos de entrega y precios que los obligaban, según los demandantes, a violar las condiciones que esta les imponía mediante su código de conducta. Este es un supuesto de manual de contribución de una empresa multinacional a la generación de impactos negativos sobre los derechos humanos de contenido laboral. A pesar de ello, la demanda de responsabilidad fue desestimada en 2009 por entender el órgano juzgador que la exigencia de esas condiciones y su control no determinaban el surgimiento de un deber de cuidado (*duty of care*) que obligue a la sociedad demandada a garantizar su cumplimiento por sus contratistas, ya que la misma no ejercía ningún control sobre el trabajo diario del personal de estos últimos, que permita atribuirle la condición de empleador de manera conjunta con ellos. Sobre este caso, así como otros iniciados infructuosamente con el mismo propósito ante las jurisdicciones de varios países, véase BRINO, *Diritti dei lavoratori e catene globali del valore: un formante giurisprudenziale in via di definizione?*, en *DLRI*, 2020, n. 167, pp. 460-463.

responsabilidad civil por los daños ocasionados quedan, de esta forma, las hipótesis de falta de diligencia de las empresas en la prevención de los impactos negativos sobre los derechos humanos laborales acaecidos en sus cadenas de valor que, aunque las empresas no hayan causado o contribuido a causar, hubieran podido ser evitados gracias a su intervención, toda vez que la negligencia en la aplicación de los estándares impuestos por la diligencia debida no constituye una causa susceptible de ser considerada suficiente por sí sola para comprometer su responsabilidad de acuerdo con las antes referidas reglas generales¹⁶⁴.

El corolario de lo anterior no resulta difícil de discernir: la negación de responsabilidad por las vulneraciones no causadas ni alentadas por las empresas, pero cuya prevención se encontraba a su alcance de haber aplicado correctamente los procedimientos propios de la diligencia debida. E incluso, más en general, la completa ausencia de la misma respecto de todos los atentados contra los derechos humanos laborales que pudieran producirse al interior de sus cadenas de valor por acción de sujetos sobre los que deberían haber llevado a cabo un control adecuado. Piénsese, por citar solo dos ejemplos, en los daños causados a los trabajadores como consecuencia de la falta de condiciones de seguridad en un establecimiento industrial al que una marca líder encarga una parte importante de su producción sin haber realizado previamente un control suficiente sobre la idoneidad de las mismas¹⁶⁵ o en la utilización de trabajo infantil por un contratista de una gran empresa en contra de la prohibición expresa de esta y sin que pueda considerarse que

¹⁶⁴ Estas requerirían, como apuntan BUENO, BRIGHT, *cit.*, p. 794, la demostración de que las empresas han contribuido a la realización de las conductas causantes del daño. Lo cual es tanto como decir que han colaborado a sabiendas con ellas o las han alentado.

¹⁶⁵ Este fue el caso de la demanda de responsabilidad civil interpuesta contra la multinacional alemana KIK por un grupo de víctimas y familiares de víctimas de un incendio ocurrido en una fábrica de un contratista de esta empresa ubicada en Paquistán, que se cobró la vida de 262 trabajadores. La pretensión se fundaba en el hecho de que KIK, que era el comprador del 75 % de la producción del contratista, contaba con un código de conducta que exigía el respeto de una serie de reglas dirigidas a garantizar unas condiciones de trabajo seguras, pese a lo cual el control realizado por la empresa auditora italiana *RINA Services* por encargo de la multinacional no fue el adecuado, ya que le otorgó una certificación internacional de cumplimiento de la norma SA 8000, que incluye la garantía de la seguridad en el trabajo, tres semanas antes que se produjese el fatal incendio que condujo a la muerte de los trabajadores debido a que la fábrica solo contaba con un única salida y tenía las ventanas enrejadas y las salidas de emergencia bloqueadas. El caso no sería resuelto por los tribunales germanos debido a la que las partes llegaron antes a un acuerdo. Para más información, véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, *cit.*, p. 85.

las condiciones que le son ofrecidas lo fuercen a ello, pero sin ejercer sobre él la vigilancia que sería necesaria¹⁶⁶.

La existencia de fórmulas que extiendan la responsabilidad de las empresas líderes en situaciones como las apuntadas resulta de fundamental importancia a los efectos de asegurar una real implicación de estas en la prevención de los *impactos indirectos* sobre los derechos humanos laborales, en tanto que asociados a la conducta de un tercero, y en especial de un socio comercial o una entidad integrada dentro de la cadena de valor, respecto de los cuales cobra su auténtico sentido y utilidad la diligencia debida, como ha habido ocasión de explicar antes¹⁶⁷. Con especial atención a aquellos que, no habiendo sido provocados por esas empresas, guardan una relación directa con sus operaciones, productos o servicios.

Para avanzar en la creación de esta clase de fórmulas es preciso ir más allá de los factores clásicos de imputación de la responsabilidad previstos por la mayor parte de ordenamientos jurídicos, mediante la creación de un criterio *ad hoc* de atribución de la misma que se adecúe a la singular problemática planteada por la garantía de los derechos humanos, y en particular los laborales, en las cadenas de valor. La clave para ello se encuentra, según he podido exponer más detalladamente con anterioridad¹⁶⁸, en considerar a la diligencia debida *en sí misma* como portadora de un deber de prevención o cuidado cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso es capaz de desencadenar la responsabilidad de las empresas por los daños que su adecuada aplicación podría haber evitado. Esto supone atribuir consecuencias reparadoras a la no aplicación o la aplicación negligente de las medidas necesarias para prevención y mitigación de los impactos negativos sobre los derechos protegidos que se produzcan en su cadena de suministro¹⁶⁹ con independencia de la conducta y la responsabilidad que pueda corresponder al sujeto directamente causante del daño. Es decir, concibiendo la misma como una responsabilidad por hecho propio, como es el incumplimiento de las obligaciones asociadas a la diligencia debida, y no por hecho ajeno, como pueden ser las vulneraciones realizadas por los colaboradores¹⁷⁰.

¹⁶⁶ El ejemplo es proporcionado por BUENO, BRIGHT, *cit.*, p. 792.

¹⁶⁷ Véase *supra* 3.3.

¹⁶⁸ Me remito al planteamiento desarrollado en mi trabajo citado en *supra* nota 5, especialmente pp. 191-193, en cuya base se encuentra el supuesto de responsabilidad civil introducido por la Ley francesa del deber de vigilancia.

¹⁶⁹ D'AMBROSIO, *cit.*, p. 643.

¹⁷⁰ Conforme destaca SACHS, *La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donn-*

No es este, por supuesto, un sistema de responsabilidad fácil de aplicar. Antes que nada, porque la valoración de la existencia del incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la diligencia debida exige la realización de un examen de fondo sobre la idoneidad y eficacia de las medidas preventivas adoptadas que no resulta fácil de realizar¹⁷¹, en especial debido a que deberá adaptarse a la naturaleza del riesgo, el tipo de implicación de la empresa con el impacto negativo y su nivel de influencia sobre el sujeto causante del daño. Pero, sobre todo porque la acreditación del nexo causal entre la conducta negligente y el daño sufrido por los trabajadores titulares de los derechos hace necesario la demostración por parte de estos de que este último no se habría producido de haberse llevado a cabo un control adecuado sobre el sujeto que lo causó o que el mismo tuvo lugar como consecuencia de la falta de medidas preventivas adecuadas¹⁷². De aquí la necesidad de que su introducción venga acompañada de una presunción que sirva para aliviar a los demandantes de la carga de probar tanto la existencia del incumplimiento de las obligaciones asociadas a la diligencia debida como la relación de causalidad, de manera que ante la sola acreditación del daño a los derechos protegidos deba ser la empresa obligada quien demuestre que cumplió razonablemente con las mismas¹⁷³.

A despecho de estas dificultades, la presencia de una fórmula de este tipo, que proyecte la responsabilidad de las grandes corporaciones más allá de los impactos causados o provocados por ellas, hacia todos los que pueden y deben ser objeto de prevención al interior de sus cadenas de valor, constituye un indispensable elemento “de cierre” con el que se completan los rasgos esenciales de una diligencia debida adaptada a la singular naturaleza de los derechos humanos laborales y potencialmente eficaz.

neuses d'orde: les ingrédients d'une corégulation, en *RDT*, jun. 2017, pp. 389-390, con referencia al sistema introducido por la Ley francesa.

¹⁷¹ D'AMBROSIO, *cit.*, p. 645.

¹⁷² Véase, nuevamente, D'AMBROSIO, *cit.*, p. 646, indicando que esto supone exigir al demandante la realización de un ‘razonamiento contrafáctico’.

¹⁷³ DAUGAREILH, *La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas*, en SANGUINETI, VIVERO SERRANO (Dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 369-387.

Resumen

La demanda de respeto de los derechos humanos y los derechos fundamentales en el trabajo ha cumplido un papel de la mayor importancia dentro del proceso de construcción de mecanismos dirigidos a comprometer a las grandes empresas en la vigilancia de las actividades de sus socios comerciales en todo el mundo.

A pesar de ello, no existe un desarrollo específico de los requisitos que deberá cumplir la regulación o la puesta en marcha de procesos de diligencia debida dirigidos a impedir o limitar impactos adversos sobre esos derechos en las cadenas de valor de estas empresas. El presente artículo se propone llevar a cabo una reconstrucción de esa indispensable dimensión laboral de la diligencia debida.

Palabras clave

Due diligence, Derechos humanos laborales, Derechos fundamentales en el trabajo, Trabajo decente, Cadenas globales de valor.

