

Recomendaciones de la FIDH para el diálogo tripartito sobre la Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

fidh

El 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea publicó su propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, con el objeto de establecer la obligación empresarial de respetar los derechos humanos y el medio ambiente para exigir a las empresas que identifiquen, prevengan, pongan fin a los daños derivados de sus actividades y las de sus filiales en toda su cadena de valor tanto a nivel nacional como mundial. El 1 de diciembre de 2022, el Consejo de la Unión Europea publicó su orientación general, que se aparta en algunos aspectos clave de la posición de la Comisión. Por último, el 1 de junio de 2023, el Parlamento Europeo (PE) adoptó su propia posición, que modificaba varios aspectos de la propuesta de la Comisión. El 8 de junio de 2023, la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo iniciaron un diálogo a tres bandas con el fin de alcanzar un acuerdo sobre el texto final de la Directiva antes de finales de año. Para que los objetivos de esta legislación sean alcanzables, es necesario destacar y examinar en detalle varios puntos.

1. UMBRAL DE TAMAÑO DE LAS EMPRESAS

A pesar de que las tres instituciones que participan en el diálogo tripartito tienen posturas diferentes, desafortunadamente ninguna de ellas se ajusta a las normas de la ONU y la OCDE, que insisten en la responsabilidad de todas las empresas de respetar los derechos humanos, independientemente de su tamaño, sector o estructura. Por lo general, los requisitos de diligencia debida admiten cierto grado de flexibilidad al tener en cuenta el tamaño de la empresa, el contexto, y los riesgos inherentes a sus actividades a la hora de definir el alcance y la naturaleza de las medidas concretas que se deben adoptar. Así pues, las normas internacionales se niegan a excluir la responsabilidad de determinadas empresas y, en cambio, reconocen que el tamaño, el contexto, y la estructura influyen en lo que razonablemente cabe esperar de las empresas en términos de obligaciones de diligencia debida. Esto puede suponer la imposición de obligaciones más amplias, procedimientos preceptivos y normas de supervisión adicionales para las empresas de mayor tamaño. Por desgracia, tanto la Comisión como el Consejo han intentado limitar la carga de la diligencia debida sobre las empresas mediante la reducción del ámbito de aplicación de la Directiva en lugar de permitir flexibilidad en los propios requisitos, según lo propuesto por los PNUFID y las normas de la OCDE. De hecho, proponen aplicar la Directiva únicamente a las empresas muy grandes en lugar de distinguir entre las propias obligaciones de diligencia debida. Esto podría generar un riesgo de que las empresas modifiquen su estructura para evitar encontrarse dentro del umbral de aplicación de la Directiva sin proteger necesariamente a las Pequeñas y Medianas Empresas (PYME). Las empresas sujetas a la Directiva también podrían simplemente transmitir su responsabilidad de diligencia debida a sus filiales a través de su cadena de valor, especialmente a través de mecanismos contractuales.

Recomendamos:

- Reconocer explícitamente que todas las empresas, independientemente de su tamaño, deben respetar los derechos humanos y el medio ambiente, aunque las obligaciones puedan variar en función del número de empleados/as y del volumen de negocios, tal y como se establece en la Directiva.
- Preferir umbrales más bajos para la aplicación de las obligaciones de diligencia debida definidas por la Directiva, alineándose al menos con la propuesta del Parlamento Europeo.

2. ALCANCE NORMATIVO

Las normas internacionales insisten en que las empresas tienen la obligación de respetar todos los derechos humanos. Actualmente, los tres organismos definen las obligaciones de las empresas estableciendo derechos específicos que se deben respetar e incorporando una lista de

instrumentos internacionales. El alcance normativo de la Directiva es probablemente una de las cuestiones más importantes a la hora de determinar el grado de compromiso del poder legislativo de la UE y sus Estados miembros con la protección de los derechos humanos. En este sentido, es primordial reflejar el acervo existente, garantizar que las empresas respetan todos los derechos humanos e incluir en la Directiva una amplia lista de convenios. Además, es importante señalar que no se trata de una lista exhaustiva. La supresión de varios instrumentos internacionales como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas enviaría una señal equivocada al sector privado y, por lo tanto, se debe evitar. Los derechos humanos vinculados al uso de la tierra, los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de las personas defensoras de los derechos humanos y del medio ambiente –especialmente el derecho a protestar, la libertad de asamblea, reunión y expresión– son los que se ven más afectados por las actividades de las empresas, por lo que es necesario protegerlos expresamente.

Es igualmente importante prestar la debida atención al modo en que la Directiva define los daños que las empresas deben prevenir, abordar y remediar. La Comisión y el Consejo definen estos “efectos adversos” como la “violación” o el “abuso” de una lista claramente identificada de derechos y prohibiciones. Sin embargo, el enfoque planteado en sus directivas aboga por una priorización de los efectos adversos y define las circunstancias en las que puede no ser necesaria la desvinculación. Esta definición puede conducir a una derogación inadmisibles del derecho internacional, lo que podría equivaler a condonar la violación. Es importante distinguir la violación del daño, que más bien se debería definir como cualquier acción que cause un efecto adverso en el disfrute de los derechos humanos (véase la posición del Parlamento Europeo).

Por último, el ámbito normativo debe ser suficientemente claro para aumentar la seguridad jurídica de la Directiva. Las adiciones del Consejo definen ambiguamente el alcance de la cadena de valor o establecen nuevas condiciones. Una vez más, nada justifica el menoscabo del alcance normativo, ya que la flexibilidad prevista en el ámbito de las obligaciones es suficiente para proteger a las empresas de expectativas irrazonables.,

Recomendamos:

- Adoptar una lista ampliada y no exhaustiva de convenios e instrumentos internacionales (que incluya la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas y la Declaración de la ONU sobre los defensores de los derechos humanos).
- Suprimir la referencia a las “violaciones”, diferenciando así entre el daño y la violación de los derechos y prohibiciones.
- Distinguir entre los convenios e instrumentos aplicables que definen las normas y el contenido de las obligaciones relativas a la diligencia debida o al régimen de responsabilidad.

3. LAS FASES POSTERIORES DE LA CADENA DE VALOR

Los tres organismos adoptaron posturas diferentes sobre el ámbito de aplicación de la Directiva en la cadena de valor. Tanto la Comisión como el PE¹ exigen, más o menos en términos similares, la diligencia debida en toda la cadena de suministro, mientras que el Consejo excluye en gran medida las fases posteriores de la cadena de valor. De hecho, la postura del Consejo exige a

1. En particular, debido a la referencia que hace la Comisión a la “relación comercial establecida”.

las empresas de las obligaciones de diligencia debida en caso de violaciones de los derechos humanos a las que hayan causado o contribuido, incluso cuando hubieran podido evitarlas o ponerles fin, con el pretexto de que la violación se produciría en fases posteriores de la cadena de valor. Esta exclusión es muy problemática y no puede justificarse. Claramente, el Consejo ha optado por limitar el alcance de la Directiva en vez de ampararse en los principios de la diligencia debida, que establecen que no se debería considerar responsables a las empresas si han adoptado las medidas adecuadas en materia de diligencia debida. La UE debe reconocer entonces que las empresas cuentan con las herramientas necesarias para aplicar las medidas de diligencia debida a sus subcontratistas y franquicias, y que deben dejar de prestar servicios de mantenimiento a clientes que hacen un uso de su producto que vulnera los derechos humanos, por ejemplo.² Decidir lo contrario socavaría gravemente las normas nacionales e internacionales existentes.

Recomendamos:

- Que las obligaciones de diligencia debida abarcan toda la cadena de valor, ya que el objetivo de la Directiva es responsabilizar a las empresas y que las normas de diligencia debida ya incluyen indicaciones para evitar la labilidad empresarial ilimitada.
- Que el poder legislativo de la UE no debería dejar que las empresas piensen que las violaciones de los derechos humanos son aceptables o que se pueden simplemente ignorar cuando se producen en fases posteriores de la cadena de valor.

4. SOBRE EL SECTOR FINANCIERO

Las tres instituciones restringen las obligaciones aplicables al sector financiero. El enfoque del Consejo es el más radical, ya que excluye a todo el sector financiero del ámbito de aplicación de la Directiva, dejando que cada Estado miembro decida más adelante. El argumento tanto para excluir como para limitar las obligaciones del sector financiero es que se trata de un sector fundamental para la economía y que, debido a su extrema volatilidad y movilidad en comparación con otros sectores basados en la economía real, la UE no puede regularlo “sin exponerse a grandes riesgos”. En realidad, al excluir al sector financiero, la UE anima a todos los actores a alinearse con el licitador más bajo, reforzando los efectos competitivos no regulados e impidiendo la capacidad del sector para favorecer a las empresas sostenibles. Por el contrario, también podría desalentar las inversiones en los mercados emergentes que adopten medidas para lograr una reglamentación financiera más sostenible. Tal restricción podría poner fin a los numerosos esfuerzos ya realizados por el sector financiero en este ámbito.

Recomendamos:

- Reconocer que el sector financiero puede causar y contribuir a violaciones de los derechos humanos o efectos adversos en el medio ambiente y que no existe razón alguna para no obligarle explícitamente a prevenir, poner fin y remediar los posibles daños.
- Velar por que el sector financiero siga siendo un motor adecuado y relevante para promover la sostenibilidad, exigiéndole que identifique, aborde los riesgos, y utilice su influencia en sus relaciones comerciales.

2. Véase también <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/2022-09-13/mandating-downstream-hrdd.pdf>

5. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA

Las tres instituciones definen la debida diligencia y detallan las obligaciones de las empresas de identificar, prevenir y poner fin a los impactos que puedan tener sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Además, exigen a las empresas que evalúen la eficacia de sus planes y medidas, establezcan mecanismos de reclamación y comuniquen sus políticas de diligencia debida. Sin embargo, las posturas institucionales difieren sobre la definición de las medidas adecuadas y cómo lograrlas.

Recomendamos:

- Garantizar que las medidas propuestas no formen parte de una lista fija, sino que se constituyen ejemplos de herramientas disponibles para que las empresas puedan innovar y adaptarse al contexto específico de sus actividades, en lugar de limitarse a cumplir una lista de requisitos. Obligar a las empresas a elaborar una lista de acciones o requisitos predefinidos aumentaría intrínsecamente la carga administrativa sin garantizar la eficiencia. De este modo, la Directiva perdería inevitablemente su objetivo de orientar las prácticas empresariales hacia la sostenibilidad.
- Adoptar una definición de medidas apropiadas que refleje el enfoque basado en el riesgo y que mida la probabilidad de un daño, su gravedad y el grado de participación de la empresa en su ocurrencia, especificando las diferentes medidas que deben adoptarse en función de si la empresa causa, contribuye o simplemente está vinculada al daño;
- Garantizar que se tiene en cuenta la idoneidad de las medidas durante la evaluación de los procesos administrativos y de responsabilidad.

6. SOBRE LOS CONFLICTOS

En las zonas de conflicto o de alto riesgo, se debe exigir a las empresas que apliquen una diligencia debida reforzada en materia de derechos humanos. Estas zonas abarcan desde conflictos armados en toda regla o violencia generalizada hasta contextos en los que existe un riesgo significativo de que se produzcan este tipo de situaciones o que se definen en otros instrumentos de la UE como “las zonas que se encuentren en situación de conflicto armado o de posconflicto frágil, así como las zonas con gobiernos o seguridad precarios o inexistentes, como los Estados fallidos, y con vulneraciones generalizadas y sistemáticas del Derecho internacional, incluidas las violaciones de los derechos humanos”.³

Como explicaron los miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es «debido a que el riesgo de violaciones graves de los derechos humanos es mayor en las zonas afectadas por el conflicto» que las empresas deben llevar a cabo un análisis actualizado periódicamente de la situación, incluida la dinámica en que operan las partes beligerantes, las violaciones sistemáticas y el propio conflicto, así como las interacciones mutuas entre el conflicto y sus actividades. Únicamente la propuesta del Parlamento señala adecuadamente las especificidades que los riesgos de conflicto pueden tener para las empresas que operan. Este añadido se debería mantener en la Directiva.

3. Reglamento 2017/821, artículo 2, letra f. Para consultar la lista actualizada de zonas de conflicto o de alto riesgo en virtud del Reglamento 2017/821, véase: <https://www.cahraslist.net/>. Para consultar marcos reconocidos y respetados que clasifican todas las situaciones de violencia armada y los contextos frágiles, véase <https://www.rulac.org> y <http://www3.compareyourcountry.org/states-of-fragility/overview/0/>, respectivamente.

Recomendamos:

- Mantener la propuesta del Parlamento que subraya expresamente la necesidad de que las empresas ejerzan una mayor diligencia debida en el contexto de los conflictos.

7. SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PARTES INTERESADAS

La participación de las partes interesadas y de los titulares de derechos es un elemento fundamental para informar a las empresas y ayudarles a definir medidas adecuadas de diligencia debida. Todas las instituciones han reconocido la importancia de consultar a las partes interesadas, aunque únicamente el PE ha adoptado un enfoque global a este respecto y ha publicado un artículo completo dedicado a ella.

En la actualidad está sobradamente consolidado que la consulta significativa a las partes interesadas se debe realizar en todas las fases del proceso de diligencia debida (no solo, por ejemplo, cuando las empresas adoptan planes preventivos o correctivos). Es importante destacar que la participación de las partes interesadas debería abarcar, en primer lugar, a las personas, comunidades y poblaciones afectadas o potencialmente afectadas, además de, en un sentido más amplio, a las personas defensoras de los derechos humanos y ambientales, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones de derechos humanos. Independientemente de si actúan o no en el sector de la empresa, la participación de las partes interesadas debe abarcar a actores que pueden compartir sus conocimientos sobre las cuestiones en juego, las zonas geográficas pertinentes y las tensiones, las dinámicas locales, las características de los conflictos, etc. Sus experiencias podrían también ayudar a las empresas a identificar a otras partes interesadas, población afectada, vulnerabilidades y las necesidades, oportunidades, limitaciones, dinámicas de poder y redes de todos los actores relevantes. Todos estos elementos de información son necesarios para definir las medidas que se deben adoptar y evaluar su eficacia. Por otra parte, como afirma el Parlamento, la consulta debe ir de la mano de la información y la comunicación.

Recomendamos que se garantice la participación de las partes interesadas, ya que:

- Se lleve a cabo de manera significativa y concreta.
- Abarca un amplio abanico de actores.
- Distingue entre partes interesadas afectadas y vulnerables, a la vez que reconoce el papel de los sindicatos, las personas defensoras de los derechos humanos y las OSC ambientales y de derechos humanos;
- Aporta sensibilidad cultural y de género.
- Es continua, transparente e informada.

8. SOBRE LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN

Una de las principales razones para iniciar este proceso legislativo es que las normas voluntarias han demostrado ser insuficientes para asegurar el respeto de los derechos humanos y el medio ambiente. Como consecuencia, resulta evidente que una aplicación eficaz debe ser un elemento fundamental de la Directiva. Por consiguiente, debe reconocerse el derecho de iniciativa en materia de denuncias, vigilancia y mecanismos de reparación para las poblaciones, las comunidades y las personas afectadas, así como para los defensores de los derechos humanos y del medio

ambiente. Estos actores deben poder defender el medio ambiente a pesar de la falta de daños individualizados, y pueden complementar la labor de otros actores, que se puede ver obstaculizada debido a situaciones concretas como la amenaza de represalias, dificultades económicas, obstáculos de idioma, falta de acceso a la información, etc. En este sentido, la posición del Parlamento es, con mucho, la que garantiza una mayor seguridad jurídica.

En cuanto al control por parte de las autoridades nacionales, el Parlamento precisa en su propuesta que estos órganos tienen la facultad de evaluar la manera en que las empresas jerarquizan los efectos negativos e imponer sanciones. Por otra parte, obliga a dichas autoridades a publicar la lista de las empresas sujetas a las disposiciones de la Directiva, así como la lista de las investigaciones y de las medidas correctoras.

En cuanto al régimen de responsabilidad civil, existe una notable diferencia entre los tres organismos. El régimen propuesto por el Consejo introduce restricciones muy problemáticas, como el hecho de que las empresas solo puedan ser consideradas responsables cuando causen “intencionadamente” o “por negligencia” un “perjuicio a un interés protegido por la legislación nacional”. Tal planteamiento corre el riesgo de introducir limitaciones que no existen en algunos sistemas nacionales y en otros regímenes de responsabilidad y de aumentar la inseguridad jurídica. Por otra parte, la Comisión y el Parlamento no requieren intención, negligencia, ni introducen el concepto de interés protegido. Además, la propuesta del Parlamento amplía el derecho a representar a las víctimas, establece disposiciones para facilitar el acceso a la documentación, alivia la carga de la prueba y aborda los obstáculos financieros y los plazos de prescripción. Todo ello proporciona importantes salvaguardias que aseguran una aplicación coherente de la Directiva final. Esto se hace eco de las recomendaciones formuladas por el Consejo, la Agencia de los Derechos Fundamentales y el ACNUDH para abordar las importantes lagunas que enfrentan las víctimas y los titulares de derechos en el acceso a los recursos.

Recomendamos:

- Reconocer el derecho de las OSC de derechos humanos y ambientales a recurrir a mecanismos de reclamación, autoridades supervisoras y tribunales.
- Garantizar que la incautación de mecanismo de reclamación o las autoridades nacionales no sea un requisito previo ni constituya un obstáculo para lograr acceso a otras formas de recurso, acciones o procedimientos, entre otros, los mecanismos judiciales o no judiciales.
- Dotar a las autoridades supervisoras de poderes de apremio y regímenes sancionadores detallados.
- Aligerar la carga de la prueba, facilitar el acceso a la documentación, aliviar otros obstáculos procesales y proteger contra las represalias, entre otras cosas, permitiendo que los sindicatos y las OSC de derechos humanos y ambientales representen a las víctimas.

9. SOBRE EL GRADO DE ARMONIZACIÓN:

El PE es la única institución de las tres que ha abordado la cuestión de la armonización. En primer lugar, propone que “[l]a Comisión y los Estados miembros se coordinarán durante la transposición de la presente Directiva, y posteriormente, con vistas a alcanzar un pleno nivel de armonización entre los Estados miembros a fin de garantizar unas condiciones de competencia equitativas para las empresas y evitar la fragmentación del mercado único.” En segundo lugar, prevé una plena armonización al cabo de seis años. Esta cláusula debería suprimirse.

La propuesta de armonización plena fue presentada originalmente por el sector privado con el argumento de que garantizar unas condiciones de competencia equitativas para todos los agentes

sería fundamental con el fin de evitar la fragmentación del mercado único de la UE. Sin embargo, esta afirmación se hizo sin ningún fundamento por su parte. Por regla general, la armonización jurídica en la UE se logra mediante un nivel mínimo de armonización. Sin embargo, en casos excepcionales, determinados ámbitos de la legislación de la UE requieren una armonización plena. El respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad exige que la Directiva no pueda ir más allá del nivel de armonización necesario para alcanzar el objetivo marcado. Supone que el efecto de la Directiva se debe documentar plenamente antes de decidir sobre la “coordinación” y “con vistas a alcanzar un pleno nivel de armonización”. Las aportaciones e innovaciones de los distintos Estados miembros y de los reguladores son bienvenidas antes de que pueda surgir cualquier acervo. Es fundamental asegurarse de que la Directiva no constituya un motivo para reducir en última instancia el nivel de protección de los derechos humanos, el medio ambiente o el clima. Los Estados miembros deben conservar y hacer uso de su competencia para establecer niveles de protección más elevados y poder cumplir sus propias obligaciones de proteger eficazmente los derechos humanos contra las acciones y omisiones perjudiciales de las empresas.

La armonización legislativa en la UE no constituye un fin en sí mismo, sino que se debe entender desde un punto de vista funcional. No solo sirve para reducir las diferencias jurídicas entre los Estados miembros, sino también para alcanzar determinados objetivos de orden público. En este sentido, resulta muy problemático que la cláusula del mercado único se haya redactado haciendo referencia únicamente al objetivo de garantizar unas condiciones equitativas sin tener en cuenta otros objetivos pertinentes. Entre ellos podrían figurar: un alto nivel de protección de la calidad del medio ambiente y del climate, la promoción de los valores fundamentales europeos, la necesidad de que las empresas protejan los derechos humanos y el medio ambiente, la contribución de las empresas al desarrollo sostenible y a una transición justa y sostenible, etc.

Recomendamos, siguiendo el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo según el cual el texto propuesto por el PE no es jurídicamente sólido, que simplemente se suprima la cláusula del mercado único.

Mantengamos los ojos abiertos

fidh

Determinar los hechos - Misiones de investigación y de observación judicial

Apoyo a la sociedad civil - Programas de formación y de intercambio

Movilizar a la comunidad de Estados - Un lobby constante frente a las instancias intergubernamentales

Informar y denunciar - La movilización de la opinión pública

Para la FIDH, la transformación de la sociedad reposa en el trabajo de actores locales.

El Movimiento Mundial por los Derechos Humanos actúa a nivel nacional, regional e internacional en apoyo de sus organizaciones miembro y aliadas para abordar las violaciones de derechos humanos y consolidar procesos democráticos. Nuestro trabajo está dirigido a los Estados y actores en el poder, como grupos de oposición y empresas multinacionales.

Los principales beneficiarios son organizaciones nacionales de derechos humanos miembro del Movimiento y, a través de ellas, víctimas de violaciones de derechos humanos. La FIDH también coopera con otras organizaciones aliadas y actores de cambio.

Director de la publicación:

Alice Mogwe

Jefe de redacción:

Éléonore Morel

Autor:

FIDH

Diseño:

FIDH/Noam

Le Pottier

fidh

CONTÁCTENOS

FIDH

17, passage de la Main d'Or

75011 Paris - France

Tel: (33-1) 43 55 25 18

www.fidh.org

Twitter: @fidh_en / fidh_fr / fidh_es

Facebook:

<https://www.facebook.com/FIDH.HumanRights/>



La FIDH
representa **188** organizaciones de
defensa de derechos humanos
distribuidas en **116** países.

fidh

LO QUE CONVIENE SABER

La FIDH trabaja para proteger a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, para prevenir estas violaciones y llevar a los autores de los crímenes ante la justicia.

Una vocación generalista

Concretamente, la FIDH trabaja para asegurar el cumplimiento de todos los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales.

Un movimiento universal

Creada en 1922, hoy en día la FIDH federa 188 ligas en más de 116 países. Así mismo, la FIDH coordina y brinda apoyo a dichas ligas, y les sirve de lazo a nivel internacional.

Obligación de independencia

La FIDH, al igual que las ligas que la componen, es una institución no sectaria, aconfesional e independiente de cualquier gobierno.