



N.º 2

PRIMER SEMESTRE
ENERO 2024

Una reflexión sobre el impacto del Derecho internacional en el ius laboris y la progresión hacia un Derecho transnacional y mundial pág. 7
José Antonio Tomás Ortiz de la Torre

Responsible business conduct in conflict-affected areas: the notion of heightened human rights due diligence pág. 29
Laura Íñigo Álvarez

Corporate Due Diligence in post-conflict settings: the role of civil society and victims in advancing environmental and human rights protection in Colombia pág. 47
Marta Paricio Montesinos

From international 'soft' law to national law: the UNGPs in domestic mandatory human rights due diligence legislation pág. 65
Elena Assenza

El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y los litigios estratégicos. ¿qué repercusiones tiene para las empresas? pág. 97
Andrea Cerofolini

La lucha contra la trata de seres humanos en la cadena de valor: construyendo vías hacia nuevos marcos normativos sobre diligencia debida empresarial pág. 129
Luiz Henrique Garbellini Filho

Manifiesto de representantes de la academia sobre la directiva europea de la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CCDDD) pág. 175

REVISTA ESPAÑOLA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

© Editorial Colex S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

☎ 91 109 41 00 @ info@colex.es

revistadeempresasyderechoshumanos@colex.es

DIRECCIÓN

María Chiara Marullo

Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado de la Universitat Jaume I

CONSEJO EDITORIAL

Juan José Álvarez Rubio

Catedrático de Derecho Internacional Privado.
Universidad del País Vasco

Carmen Boldó

Catedrática de Derecho Mercantil.
Universitat Jaume I

Jordi Bonét Pérez

Catedrático de Derecho Internacional de la
Universitat de Barcelona

Andrea Bonomi

Professeur à l'Université de Lausanne (Unil),
Directeur du Centre de droit comparé, européen et international
(CDCEI), Co-directeur du LL.M in International Business Law

María Victoria Camarero Suárez

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado.
Universitat Jaume I

Larry Catá Backer

Catedrático de Derecho Internacional Privado.
Penn State Law University

Victoria Cuartero

Catedrática de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Castilla-La Mancha

José Elías Esteve Moltó

Profesor Titular de Derecho Internacional Público.
Universitat de València

Carlos Fernández Liesa

Catedrático de Derecho Internacional.
Universidad Carlos III de Madrid

Adoración Guamán Hernández

Profesora Titular de Derecho del Trabajo.
Universitat de Valencia

José Luis Iriarte

Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad Pública de Navarra

Daniel Iglesias Márquez

Investigador posdoctoral en Derecho Internacional Público.
Universitat Rovira i Virgili

Michele Nino

Professore associato di diritto internazionale.
Università di Salerno

Carmen Márquez Carrasco

Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Sevilla

Gregorio Mesa Cuadros

Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad Nacional de Colombia

Guillermo Palao Moreno

Catedrático de Derecho Internacional Privado.
Universitat de València

María Victoria Petit Lavall

Catedrática de Derecho Mercantil.
Universitat Jaume I

Antoni Pigrau Solé

Catedrático de Derecho Internacional Público.
Universitat Rovira i Virgili

Ilaria Pretelli

Resercher at Swiss Institute of Comparative Law and
Professor at Faculté Jean Monnet, Université de Paris
XI et Université degli Studi di Urbino «Carlo Bo»

Consuelo Ramón Chornet

Catedrática de Derecho Internacional Público.
Universitat de València

Andrés Recalde

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Wilfredo Sanguinetti

Catedrático de Derecho del Trabajo de
la Universidad de Salamanca

Marco Fasciglione

Senior Researcher National Research Council of Italy (CNR)

Francisco Javier Zamora Cabot

Profesor Emérito de Derecho Internacional
Privado de la Universitat Jaume I

Gloria Esteban de la Rosa

Catedrática de Derecho Internacional
Privado de la Universidad de Jaén

Claudio Zanghi

Professore emerito diritto internazionale presso
University of Rome «La Sapienza»

Attila Tanzi

Full Professor of International Law. Bologna University

COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN: Editorial Colex

ISSN: 3020-1004

Presentación*

Con gran alegría e ilusión presentamos el segundo número de la Revista Española de Empresas y Derechos Humanos de la Editorial Colex. Este número se enmarca dentro de un contexto de importantes avances en el ámbito de empresas y derechos humanos. En octubre de 2023 tuvo lugar la novena sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos. En esta sesión, las negociaciones han estado marcadas por una participación activa de un gran número de Estados. Sobre todo, cabe destacar el debate sustantivo y profundo sobre el contenido y alcance del preámbulo y de los primeros artículos del proyecto de tratado en materia de empresas y derechos humanos, lo que refleja un mayor consenso en la necesidad de este instrumento. Asimismo, en diciembre de 2023, las instituciones de la Unión Europea (UE), el Consejo y el Parlamento Europeo, alcanzaron un acuerdo provisional respecto a la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que a pesar de las limitaciones que presenta, constituye un paso más en el cumplimiento de los compromisos adquiridos por la UE de asegurar que las empresas europeas respeten los derechos humanos en el marco de sus actividades y cadenas globales de valor.

A pesar de los hitos alcanzados en el ámbito de empresas y derechos humanos, no se puede obviar el actual escenario de crisis global, marcado por los conflictos armados en distintas partes del mundo, una crisis ambiental y climática cada vez más intensa, retos tecnológicos de gran magnitud, la polarización política, un incremento de las desigualdades y la reducción del espacio cívico, entre otras cuestiones que tienen un impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos y en el medio ambiente. Esta encrucijada global genera la necesidad de un papel más activo y transformador de todos los actores de la sociedad para hacer frente a estos retos, incluidas las empresas. De esta manera, la investigación científica en el ámbito de empresas y derechos humanos adquiere una mayor relevancia para potenciar la contribución positiva de las empresas y minimizar los efectos adversos que tienen sus actividades en los derechos humanos en un contexto de crisis global. La publicación del segundo número de la Revista Española de Empresas y Derechos Humanos constituye, por tanto, una valiosa aportación científica para repensar el papel y el propósito de las empresas frente a algunos de los retos a los que se enfrenta la sociedad internacional.

El segundo número de la Revista Española de Empresas y Derechos Humanos se integra por un total de seis contribuciones científicas de temática diversa y complementarias, redactadas en español y en inglés por investigadores e investigadoras noveles y consolidadas. En su conjunto abordan cuestiones actuales y de gran relevancia vinculadas a los actuales retos y desafíos del binomio empresas y derechos humanos y, en particular, sobre el concepto de

* Esta presentación y este número de la Revista Española de Empresas y Derechos Humanos se ha realizado en el marco de los Proyectos de I+D: «Oportunidades y desafíos en la implementación de las normas de debida diligencia empresarial en materia de Derechos humanos y medio ambiente» -CIGE/2022/63- de la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat digital de la Generalitat Valenciana. IP: Maria Chiara Marullo; «Acceso a la justicia en el contexto de abusos corporativos: la litigación como estrategia de resistencia y de empoderamiento a las víctimas (AC-CJUSTEDH)» (ref: ICI023/23/000001), financiado por el Instituto Catalán Internacional para la Paz. IP: Daniel Iglesias Márquez.

diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos y su aplicación en diferentes contextos geográficos y temáticos específicos. Estas contribuciones ponen en evidencia los avances y desafíos en la configuración de la diligencia debida obligatoria.

En la primera contribución del presente número, bajo el título «Una reflexión sobre el impacto del derecho internacional en el *ius laboris* y la progresión hacia un derecho transnacional y mundial», **José Antonio Tomas Ortiz de la Torre** examina la irrupción del Derecho internacional en el Derecho laboral y la progresión hacia un Derecho transnacional y mundial. El autor confirma, por un lado, la indisoluble urdimbre entre derechos humanos y el sector del Derecho laboral en el que irrumpió con fuerza el Derecho internacional dentro del conjunto de reglas que componen el ordenamiento jurídico tanto interno como internacional. Y, por otro lado, la existencia de un grupo de normas que hoy constituyen el *ius cogens*, para defender un «Derecho mundial» puesto que va más allá de las reglas que componen el Derecho internacional común y general.

Seguidamente, **Laura Íñigo Álvarez** en su contribución «*Responsible conduct in conflict-affected areas: the notion of heightener human rights due diligence*», pasa a analizar las particularidades del control de las actividades empresariales cuando se desarrollan en contextos de conflicto armado. La autora analiza el marco normativo aplicable a tales supuestos, con especial atención al concepto de diligencia debida reforzada en materia de derechos humanos. El artículo estudia también la aplicación de este marco al conflicto bélico entre Rusia y Ucrania, alcanzando relevantes conclusiones y lecciones aprendidas.

Las siguientes contribuciones recopilan algunas de las propuestas científicas presentadas en el Taller de investigación sobre empresas y derechos humanos, un evento organizado por el Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona de la Universitat Rovira i Virgili y celebrado el 12 julio de 2023 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de dicha Universidad. En dicho espacio académico investigadores e investigadoras de diferentes niveles formativos tuvieron la posibilidad de exponer los principales resultados de sus investigaciones y recibir las valoraciones y sugerencias de un grupo de profesoras y profesores de distintas universidades. Algunas de las mejores propuestas presentadas quedan recogidas en las siguientes contribuciones del presente número.

La tercera contribución, autoría de **Marta Paricio Montesinos** («*Corporate Due Diligence in post-conflict settings: the role of civil society and victims in advancing environmental and human rights protection in Colombia*»), se centra en el análisis de la diligencia debida empresarial en contextos de posconflicto, en particular, en el caso colombiano. De esta forma, siguiendo con el análisis de la diligencia debida reforzada, la autora explora el cumplimiento de las responsabilidades del Estado colombiano según los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos y el Plan de Acción Nacional de Colombia. Al hilo de las conclusiones alcanzadas, destaca la importante participación de la sociedad civil y de las víctimas en haz de un rol activo que propicia mayores avances en la protección de derechos y la exigencia de responsabilidades.

Siguiendo con las propuestas que contiene este número, **Elena Assenza** («*From International 'Soft' Law to National Law: The UNGPs in Domestic Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation*») analiza la incorporación de los Principios Rectores a las legislaciones nacionales, en un ejercicio de traslado del *soft law* al derecho nacional. En particular, la autora realiza un estudio comparado del desarrollo legislativo nacional llevado a cabo por

tres países – Francia, Alemania y Noruega – con especial énfasis en la promulgación de legislación sobre debida diligencia empresarial en derechos humanos.

En el quinto artículo («El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y los litigios estratégicos. ¿Qué repercusiones tiene para las empresas?»), **Andrea Cerofolini** pasa a analizar la formulación jurídica del derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y su conexión con la responsabilidad empresarial de respetar. Sobre esta base, el autor explora la posibilidad de ampararse en la protección jurídica de este derecho en el marco de los litigios climáticos contra Estados y contra empresas.

Finalmente, **Luiz Henrique Garbellini Filho** («La lucha contra la trata de seres humanos en la cadena de valor: construyendo vías hacia nuevos marcos normativos sobre diligencia debida empresarial») parte del rol estructural que la trata de seres humanos desempeña en las cadenas de valor, integradas en las dinámicas productivas empresariales. Con un análisis centrado en los marcos jurídicos existentes, el autor focaliza su atención en dos recientes iniciativas legislativas emanadas de la Unión Europea, como son Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeo que prohíbe la comercialización en el mercado de la Unión de productos elaborados con trabajo forzoso.

Como coordinadores de este segundo número de la Revista Española de Empresas y Derechos Humanos, agradecemos en primer lugar a todos los autores y autoras por sus valiosas contribuciones científicas a la cuestión sobre empresas y derechos humanos. En segundo lugar, esperamos que el contenido de esta publicación sea oportuno y relevante para los lectores y lectoras, y que invite a la reflexión. Finalmente, anhelamos que la Revista siga creciendo y se constituya como un espacio de debate no solo para la academia, sino también para otros sectores de interés en el ámbito.

Daniel Iglesias Márquez
Universitat Rovira i Virgili

Estrella del Valle Calzada
Universitat de València

Una reflexión sobre el impacto del Derecho internacional en el *ius laboris* y la progresión hacia un Derecho transnacional y mundial

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre¹

I. Breve referencia al desarrollo del Derecho laboral: del Derecho interno al Derecho internacional

Hace ahora prácticamente un siglo que Max Gutzwiller², el ilustre discípulo de Ernst Zitelmann, formuló una afirmación hoy ya clásica: «*En droit international privé, l'histoire est tout*»³, lo que, con más o menos exactitud, puede aplicarse a cualquier otra rama del Derecho habida cuenta de la fundamental importancia y el papel que la historia ha tenido, y sigue teniendo, para el mundo jurídico, ya que a través de ella es como puede entenderse la evolución, tanto en sentido de progresión como de retroceso, del ordenamiento jurídico de cualquier Estado, todo lo cual se manifiesta, como es sabido, a través de las reglas o normas,

1 Doctor en Derecho «*cum laude*», por la Universidad Complutense de Madrid, por unanimidad del Tribunal, y premio «BLASCO RAMÍREZ» del doctorado. Antiguo alumno de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Miembro del equipo jurídico ante el Tribunal Internacional de Justicia (La Haya) en el caso «Barcelona Traction, Light and Power Company Limited» (Bélgica c. España). Profesor Titular supernumerario de Derecho internacional público y privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y exSecretario General de dicha Universidad. Académico de número de la Real Academia de Doctores de España y exPresidente de la Sección 3.ª (Derecho). Académico de número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Miembro supernumerario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. ExSecretario General de la International Law Association (rama española). Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y representante de la misma ante la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos.

2 Bassel, 1 de octubre de 1889-Murten, 6 de febrero de 1989.

3 *Vid.* su curso en la Academia de Derecho internacional de La Haya *Le développement historique du droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye, vol. 29, 1929-IV, pp. 291-400.

principalmente escritas, las cuales pueden tener su origen en la fuente interna (ley, decreto, reglamento...) o en la internacional (tratado) integrándose éstas últimas en los respectivos ordenamientos jurídicos internos conforme a sus propias reglas, sin olvidar, claro está, la función fundamental que juegan en ese proceso evolutivo tanto la doctrina como la jurisprudencia. Desde esta perspectiva resulta, pues, indudable que la *actividad laboral*, el trabajo, no puede ser ajeno a la historia de su regulación jurídica, siendo como es prácticamente tan antiguo como la presencia del ser humano en el planeta y que, es importante señalar de entrada, no se desenvuelve aisladamente sino que, antes al contrario, lo hace parejo con los derechos humanos, con los cuales, desde su mismo origen, está indisolublemente unido, si bien éstos no hayan irrumpido en el mundo jurídico ni hayan sido reconocidos, salvo tímidos intentos, hasta la Época Contemporánea, ya que el trabajo ha estado dominado durante siglos por la esclavitud, una execrable práctica ejercida por unos seres humanos sobre otros y, por cierto, protegida por el Estado⁴, la cual no comenzaría a ser abolida hasta 1792 en Dinamarca y poco después por la Convención jacobina de la República francesa de 1794. A partir de ese momento, aunque con algún retroceso, se siguieron haciendo algunos progresos a lo largo del siglo XIX hasta que la Conferencia de Bruselas de 1890, confirmó la declaración de intenciones que se formuló en la Declaración de las Potencias para la abolición del comercio de negros, firmada en Viena el 8 de febrero de 1815⁵, pero, aun así, esa práctica no llegó a desaparecer a nivel mundial como lo prueba el hecho de que finalizada la I Guerra Mundial, y recuérdese que se está ya en plena Edad Contemporánea, el Tratado de Saint Germain-en-Laye, de 10 de septiembre de 1919, se elaboró contemplando la eliminación total de ella en todas sus formas con referencia expresa a la «trata de esclavos en mar y tierra», y que todavía en 1922 la Sociedad de las Naciones tuvo necesidad de crear una Comisión Provisional de Esclavitud. Es más, para destacar lo difícil de su erradicación bastaría recordar que el 28 de julio de 1972, es decir, en plena segunda mitad del siglo XX y casi un cuarto de siglo después de proclamada la Declaración de los Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas, uno de sus organismos especializados como es el Consejo Económico y Social (ECOSOC) llegó a confirmar que en Europa occidental existían grupos de trabajadores en empresas privadas, mayoritariamente africanos, cuyas actividades laborales se estaban desarrollando en condiciones de «casi como esclavos»⁶. Si ahora nos situamos ante una perspectiva histórica no hay duda de que, salvo muy raros precedentes, de la regulación jurídica del trabajo no se llegó a tomar verdadera conciencia hasta entrado el siglo XIX. Y por lo que a los derechos humanos se refiere llama poderosamente la atención el que, a pesar del antecedente de la *Magna Charta Libertatum*, dada en la pradera de Runnymede, el 15 de junio de 1215, por el rey inglés Juan I «Sin Tierra» y el teólogo Stephen Langton, y de que el 26 de agosto de 1789 la Asamblea Constituyente francesa aprobase la *Déclaration solennelle des*

4 La esclavitud estuvo presente desde las más antiguas civilizaciones, Egipto, Grecia, Roma, Mesopotamia, China, India, América precolombina, etc. En España el primer intento de abolición fue en 1817, pero solamente para la Península. Después, por la ley de 4 de julio de 1870, la «ley Moret», se inició la abolición gradual. Diez años más tarde, la ley de 13 de febrero de 1880 acabó con la esclavitud en Cuba.

5 Vid. texto en RAVENTÓS Y NOGUER, M.- DE OYARZÁBAL VELARDE, I.: *Colección de Textos Internacionales*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1936, pp. 278-280; Vid., también Quoc Dinh, Nguyen- Daillier, et al.: *Droit international public*, 6.ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1999, p. 72.

6 Incluso hoy día, con datos de 2016, la OIT y la ONG australiana Walk Free advierten de que en el mundo sigue habiendo todavía más de cuarenta millones de personas sometidas a «esclavitud moderna», en particular niños trabajadores con lo que, según otras fuentes, posiblemente esa cifra sea muy superior.

droits naturels, inalienables et sacrés de l'homme et du citoyen, éstos derechos no hayan sido reconocidos y proclamados efectivamente hasta mediado el siglo XX, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en Nueva York, la citada Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el 10 de diciembre de 1948, por Resolución 217 A (III), cuyos artículos 23 y 24 se refieren específicamente a la actividad laboral⁷; unos derechos que todavía hay que esperar casi veinte años para se vieses positivados por el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, y por los artículos 6 a 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, textos ambos hechos también en Nueva York el 16 de diciembre de 1966⁹. Con respecto a los derechos humanos, pues, prescindiendo de los tímidos intentos de formulación ya citados, se puede afirmar que hasta después de la II Guerra Mundial no ha tenido lugar una auténtica formulación y presencia de ellos de cara a su protección, lo que evidencia, como hemos escrito en otro lugar, lo muchísimo que el ser humano ha tardado, si se observa el tiempo transcurrido, en descubrir que es titular desde siempre, como escribía en su fórmula del *ordre public international* el gran internacionalista italiano Pasquale Stanislao Mancini, de unos «derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana» frente a los cuales «no hay institución positiva, ni gobierno, ni acto de voluntad humana que pueda aportar derogaciones válidas...»¹⁰. ¿No está aquí ya presente la noción de *ius cogens*? Es cierto que la fórmula de Mancini se limita al concepto de *orden público* en el Derecho internacional privado, es decir, a la defensa de normas internas que constituyen los cimientos, las bases, del ordenamiento jurídico de cada Estado y que, por consiguiente, en modo alguno pueden ser contradichas por normas de otros Estados que puedan resultar aplicables según la regla conflictual *fori*, pero la afirmación manciniana es extensible, sin duda, como principio general, al campo del Derecho internacional público, como lo prueba el

- 7 «1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo; 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual; 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social; 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses». Por su parte el artículo 24 determina que: «Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas».
- 8 Ratificado por España el 27 de abril de 1977 (Boletín Oficial del Estado núm. 103, de 30 de abril de 1977).
- 9 Ratificado por España y publicado en el Boletín Oficial del Estado en las fechas señaladas en *supra* nota 2.
- 10 TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. I, Introducción, Historia doctrinal y Codificación, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1992, p. 421; ídem: *Los derechos humanos como norma jurídica primaria y fundamental: del pesimismo a una lejana esperanza*, en José Antonio PINTO FONTANILLO-Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE (eds.) *Los derechos humanos en el siglo XXI. En la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, t. II, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 319-320. Sobre los derechos humanos en el sector laboral actualmente *Vid.* también, ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *Los derechos relativos al trabajo y la protección social en la Declaración Universal de Derechos Humanos y su proyección frente a la pobreza y la exclusión*, in *eod. op.*, t. II, p. 29 y ss.; QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo: *Los derechos humanos laborales en la era de la globalización y la industria 4.0*, in *eod. op.*, t. II, p. 257 y ss.; SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel: *Los derechos de los trabajadores y el deber de trabajar*, in *eod. op.*, t. III, p. 285 y ss.

que, en este sentido, haya sido defendido por cierta doctrina internacionalista en funciones judiciales, así ocurre en el caso del juez argentino, en el Tribunal Internacional de Justicia, Lucio M. Moreno Quintana en su opinión separada que añadió a la sentencia del caso relativo a la aplicación del Convenio de La Haya de 1902, sobre tutela de menores (Países Bajos c. Suecia) en la que afirma que: «El orden público internacional opera dentro de los límites del sistema del Derecho internacional público, cuando establece ciertos principios generales del derecho de las naciones y los derechos fundamentales de los Estados, cuyo respeto es indispensable para la legítima coexistencia de las unidades políticas que configuran la comunidad internacional..., principios, con los cuales todos nos encontramos familiarizados porque son un número limitado, y esos derechos, también, tienen un carácter perentorio y un alcance universal»¹¹. Posteriormente, el juez japonés en el mismo Tribunal, Kotaro Tanaka, en su opinión disidente añadida a la sentencia relativa al caso sobre África Sudoccidental (Etiopía y Liberia c. Sudáfrica) escribió que: «Si nosotros podemos introducir en el campo internacional una categoría de normas, a saber, *ius cogens*, recientemente examinadas por la Comisión de Derecho Internacional, un tipo de norma imperativa que constituye el contraste con el *ius dispositivum*, capaz de ser modificado a través del acuerdo entre Estados, seguramente el derecho concerniente a la protección de los derechos humanos podría ser considerado como perteneciente al *ius cogens*»¹². Más tarde ha sido la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, la que ha venido a ser considerada como el texto que da nacimiento al concepto de «normas imperativas», de «*ius cogens*» de Derecho internacional,¹³ aunque (*nihil novum sub sole*) ya Alfred Verdross más de treinta años antes había aludido, en un artículo de revista, a los tratados «prohibidos» por el Derecho internacional¹⁴; años después, en 1976, en la traducción española de la quinta edición alemana de su *Volkerrech*, el profesor austríaco escribiría que: «... hay que observar que en principio hay en todo ordenamiento jurídico principios que pertenecen al *ordre public* y constituyen, pues, su *ius cogens*. Este punto de vista, que he venido sosteniendo desde 1937, fue reconocido por la Comisión de D. I. en su sesión de 1963 y ha plasmado finalmente, en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969... Cuanto más se organice la Comunidad internacional, tanto mayor se hará este sector del D. I.»¹⁵. Por lo demás, no podría silenciarse que incluso algún autor contemporáneo sitúa el origen del *ius cogens* en época muy anterior, haciendo referencia concretamente al alemán Christian Wolff (1679-1754) y al suizo Emer de Vattel (1714-1767)¹⁶.

11 Tribunal Internacional de Justicia, sentencia de 28 de noviembre de 1958, pp. 106-107.

12 Tribunal Internacional de Justicia, sentencia de 18 de julio de 1966, p. 298.

13 En concreto por su artículo 53 que dice: «Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("*ius cogens*")».- Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

14 Vid. VERDROSS, Alfred: *Forbidden Treaties in International Law*, en *American Journal of International Law*, vol. 31, núm 4, 1937, pp. 571-577.

15 Vid. VERDROSS, Alfred: *Derecho internacional público*, trad. esp., 6.ª ed., Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1976, p. 113.

16 DIAS, Leandro A.: *La tendencia hacia un rol fortalecido de las normas de *ius cogens* en el Derecho internacional: caminos, riesgos y utopías*, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»* (Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires), año VII, núm. 10, 2013, p. 49.

Apuntada, pues, la característica de *imperatividad* de las normas de derechos humanos, creemos esto fundamental para plantear la existencia, en la realidad, de un «Derecho mundial», al que después nos referiremos, el cual tiene por destinatarios a los componentes de la especie humana dentro de la cual se encuentra, obviamente, en elevadísimo porcentaje, el trabajador. Retomamos ahora el apunte histórico para recordar que en el llamado mundo obrero una de las más tempranas aspiraciones fue la de conseguir una jornada laboral diaria de ocho horas de trabajo. Ya en la segunda mitad del siglo XIX, el movimiento obrero celebró seis congresos internacionales (1866-1869, 1872 y 1889) con la intención de alcanzar esa aspiración en un momento en que tanto en Europa como en América (así ocurría, por ejemplo, en Estados Unidos de América) la jornada de trabajo en la industria se extendía a lo largo de doce a trece horas, e incluso llegaba a las dieciocho en épocas de recolección de cosechas. Paralelamente, en esos años, durante la centuria decimonónica, algunos legisladores tomaron conciencia de la necesidad de proteger a los más débiles, niños y mujeres, como sucedió en Nueva Zelanda que ya en 1873 reguló, para estos colectivos, el trabajo de ocho horas, una norma que no llegaría a extenderse al sexo masculino hasta veintiocho años después. La jornada laboral de diez horas para los empleados estatales en 1868 ya se redujo a ocho, un tiempo que, en Estados Unidos de América, para los trabajadores en determinadas industrias (en ferrocarriles, por ejemplo, no llegaría hasta 1916), y no en todos los Estados de la federación, fue conseguido a fines del siglo XIX por la constante presión de los sindicatos. Hasta la I Guerra Mundial solamente se cuenta con la Convención de Berna de 1906 que, en particular, prohibía el trabajo nocturno de mujeres durante once horas seguidas y que, después de modificada en 1919, estableció un descanso obligatorio desde las 22 horas hasta las 5 de la madrugada.

Si ahora nos detenemos un momento en España se observa que ya en el proyecto de Jovelanos, elaborado en 1785, se contemplaron los jurados mixtos que debían estar formados por empresarios (industriales) y asalariados, y que a lo largo del siglo XIX se produjeron diversos episodios en el mundo del trabajo entre los cuales, a título de ejemplo, pueden señalarse como más relevantes los siguientes: en 1828 tuvieron lugar las primeras acciones violentas por parte de los trabajadores en Barcelona; después, el 7 de febrero de 1834 se produjo la celebración del primer acuerdo entre industriales y jóvenes obreros; en 1838 se creó la asociación de obreros tras la solicitud para ello de la pertinente autorización al capitán general de Cataluña; dos años más tarde, el 17 de marzo de 1840, se fundó la asociación mutua de obreros de la industria del algodón; el 6 de enero de 1841 fueron disueltas las asociaciones de trabajadores; el 2 de julio de 1855 se vivió la primera huelga general en España; el 30 de abril de 1857 se prohibieron las asociaciones de trabajadores; en fin, en 1865 se celebró en Barcelona un congreso obrero, en el que cuarenta asociaciones se manifestaron a favor de la libertad de asociación, sin embargo hay que esperar a la llegada de la I República Española para que la ley «Benot»¹⁷, aprobada el 24 de julio de 1873¹⁸, se convierta en la primera norma en nuestro

17 Eduardo BENOT RODRÍGUEZ (Cádiz, 26 de noviembre de 1822-Madrid, 27 de julio de 1907) fue un político polifacético que desempeñó la cartera de Fomento en 1873. Su figura sigue siendo recordada actualmente, *Vid. p. ej.*, entre otras publicaciones, HIDALGO GUERRERO, FRANCISCO JOSÉ: *Benot, un lingüista andaluz*, en *Diario de Almería* de 3 de agosto de 2015; y del mismo autor: *Edición crítica y estudio de la Arquitectura de las Lenguas (1889) de Eduardo Benot*, Almería, 2018.

18 La historia de los trabajadores extranjeros en España (regiones de Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Extremadura y Galicia) durante el siglo XVIII, en fábricas, manufacturas, oficios, minas, etc., está recogida por Larruga y Boneta, Eugenio: *Memorias políticas y económicas sobre los frutos, comercio, fábricas y minas de España, con inclusión de los Reales Decretos, Órdenes, Cédulas,*

país que se ocupa de regular las relaciones laborales entre patronal y asalariados, poniendo el acento en la protección de los menores frente a las condiciones abusivas en las que eran empleados en los diferentes establecimientos. Efectivamente, el 13 de junio de 1873, dos días después de haber accedido a la presidencia de la I República, que desempeñó tan sólo cinco semanas, la primera preocupación de Francisco Pi y Margall¹⁹ fue precisamente sobre esa perentoria necesidad que expuso con estas palabras: «debemos velar para que los niños no sean víctimas ya de la codicia, ya de la miseria de sus padres, debemos evitar que se atrofien en talleres por entrar en ellos antes de la edad necesaria para sobrellevar tan rudas tareas. Hemos de dictar condiciones para los niños que entren en las fábricas y, sobre todo, hacer que el trabajo no impida su desarrollo intelectual». Si se medita un momento sobre esa protección que coincide en el tiempo, como ya se ha dicho, con la legislación neozelandesa, no hay duda de que el motivo no es otro que el de un reconocimiento, evidentemente implícito, de lo que más tarde se va a denominar «derechos humanos». La ley «Benot», como se puede ver en la nota al pie de página es breve, pero de capital importancia al establecer una protección, en el ámbito laboral, para la infancia y la juventud asalariada, aunque, a decir verdad, no pueda soslayarse que, pese a las buenas intenciones que motivaron esa loable normativa, el resultado no llegó a ser totalmente satisfactorio ya que en la práctica no fue muy respetada²⁰.

Aranceles y Ordenanzas expedidas para su gobierno y fomento, 45 vols., 1787-1800, y ese aspecto constituyó la segunda parte de nuestra tesis doctoral (discúlpese la inmodesta cita) que fue escrita hace más de cincuenta años: *El Régimen Jurídico de Extranjería en la España del siglo XVIII y la participación del extranjero en la Industria Nacional (Aportación de materiales para su estudio)*, inédita, Madrid, 1972, pp. 119-294. Por lo que respecta a la «ley Benot» ésta apareció publicada en la Gaceta de Madrid, Año CCXII, n.º 205, del jueves 24 de julio de 1873. No existe la menor intención de exponer la historia jurídica del trabajo en España de una manera pormenorizada, lo que además de no corresponder a nuestra especialidad no constituye el objeto de estas páginas, pero sí parece oportuno señalar, al menos, los aspectos más significativos desde 1873, así, entre otras normas, el 30 de enero de 1900 se publicó la Ley sobre Accidentes de Trabajo; el 27 de abril de 1909 la Ley de Huelga; el 3 de abril de 1919 se firma, por Álvaro Figueroa Torres, entonces presidente del Gobierno, el decreto por el que se aprueba la jornada laboral de ocho horas; el 23 de agosto de 1926, bajo la dictadura de Primo de Rivera, se aprueba el Código del Trabajo, que regula el contrato de trabajo, el contrato de aprendizaje, los accidentes de trabajo y los Tribunales industriales; la Constitución de la II República Española, de 9 de diciembre de 1931, recoge por vez primera en el artículo 46 los derechos de los trabajadores tanto a nivel individual como colectivo; del 9 de marzo de 1938 es el Fuero del Trabajo, que estará vigente durante todo el período franquista; el Decreto de 31 de marzo de 1944 puso en vigor la Ley de Contrato de Trabajo; tras la transición a la democracia la Constitución Española, aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978, y vigente desde el 29 de diciembre de 1978, una vez aprobada en referéndum por los españoles el día 6 del citado mes, en los artículos 28 y 35, incorpora el trabajo y los derechos de los trabajadores; y, en fin, ya en el presente siglo, se cuenta con el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, debiendo señalarse que desde 1977 se han producido en España más de veinte reformas laborales; aparece después la Ley General de Seguridad Social, de 30 de octubre de 2010; y, en fin, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

19 Barcelona, 29 de abril de 1824-Madrid, 29 de noviembre de 1901; tras Estanislao Figueras, ocupó la jefatura del Estado cinco semanas, del 11 de junio al 18 de julio de 1873.

20 Su contenido es el siguiente: «Art. 1.º: Los niños y las niñas menores de 10 años no serán admitidos al trabajo en ninguna fábrica, taller, fundición o mina; Art. 2.º: No excederá de cinco horas cada

II. La irrupción del Derecho internacional en el Derecho laboral

Pero el Derecho laboral doméstico, puramente estatal, al lado del cual ya existía algún convenio internacional, como se ha dicho, va a sufrir, sin duda, un impacto trascendental a partir del fin de la I Guerra Mundial, o Guerra Europea, al hacer acto de presencia en él con fuerza el Derecho internacional con lo que puede afirmarse que un nuevo panorama va a iniciarse en ese momento para el Derecho del trabajo. Efectivamente, el importante Anexo incorporado entre los artículos 426 y 427 del Tratado de Paz de Versalles, de 28 de junio de 1919, refiriéndose a la primera sesión de la Conferencia de Trabajo de 1919 a celebrar en Washington²¹, fue sin duda una piedra angular, y en particular el último de los citados preceptos, en cuanto a la necesidad de adoptar las cuarenta horas semanales por las legislaciones nacionales, al proclamar en su párrafo 4 que: «La adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de

día, en cualquier estación del año, el trabajo de los niños menores de 13, ni de las niñas menores de 14; Art. 3.º: Tampoco excederá de ocho horas el trabajo de los jóvenes de 13 a 15 años ni el de los jóvenes de 14 a 17; Art. 4.º: No trabajarán de noche los jóvenes menores de 15 años, ni las jóvenes menores de 17 en los establecimientos en que se empleen motores hidráulicos o de vapor. Para los efectos de esta ley, la noche empieza a contarse desde las ocho y media; Art. 5.º: Los establecimientos de que habla el art. 1.º situados a más de cuatro kilómetros de lugar poblado, y en los cuales se hallen trabajando permanentemente más de 80 obreros mayores de 17 años, tendrán obligación de sostener un establecimiento de instrucción primaria, cuyos gastos serán indemnizados por el Estado. En él pueden ingresar los trabajadores adultos y sus hijos menores de nueve años. Es obligatoria la asistencia a esta Escuela durante tres horas por lo menos para todos los niños comprendidos entre los nueve y 13 años y para todas las niñas de nueve a 14; Art. 6.º: También están obligados estos establecimientos a tener un botiquín y a celebrar contratos de asistencia con un Médico-cirujano, cuyo punto de residencia no exceda de diez kilómetros, para atender a los accidentes desgraciados que por efecto del trabajo puedan ocurrir; Art. 7.º: La falta de cumplimiento a cualquiera de las disposiciones anteriores será castigada con una multa de 125 a 1.250 ptas.; Art. 8.º: Jurados mixtos de obreros, fabricantes, Maestros de escuela y Médicos, bajo la presidencia del Juez municipal, cuidarán de la observancia de esta ley y de su reglamento en la forma que en él se determine, sin perjuicio de la inspección que a las autoridades y Ministerio fiscal compete en nombre del Estado; Art. 9.º: Promulgada esta ley, no se construirá ninguno de los establecimientos de que habla el art. 1.º sin que los planos se hayan previamente sometido al examen de un Jurado mixto, y hayan obtenido la aprobación de éste, respecto sólo a las precauciones indispensables de higiene y seguridad de los obreros; Art. 10.º: En todos los establecimientos mencionados en el art. 1.º se fijará la presente ley y los reglamentos que de ella se deriven; Art. 11.º: El Ministerio de Fomento queda encargado de la ejecución de la presente ley; Artículo transitorio. Ínterin se establecen los jurados mixtos, corresponde a los jueces municipales la inmediata inspección de los establecimientos industriales, objeto de esta ley».

- 21 Se estableció el siguiente orden del día: 1.º Aplicación del principio de la jornada de 8 horas o de la semana de 48 horas; 2.º Cuestiones relativas a los medios de prevenir la desocupación y remediar sus consecuencias; 3.º Empleo de mujeres: a) Antes o después del parto (inclusive la cuestión de la indemnización de maternidad), b) Durante la noche, c) En los trabajos insalubres; 5.º Extensión y aplicación de las convenciones internacionales adoptadas en Berna en 1906 sobre la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria, y sobre la prohibición del empleo del fósforo blanco (amarillo en la industria de las cerillas)».

cuarenta y ocho horas, como objetivo a alcanzar en todas partes en que aún no haya sido obtenido»²²; y así es como se estableció en 1919 por Bélgica, Dinamarca, España (que el 10 de octubre de 1919 fijó en siete horas el trabajo en la minería) Francia, Holanda, Portugal, Suecia y Suiza, aunque haya que recordar, por cierto, que los citados Estados no fueron los pioneros de la jornada laboral de ocho horas, ya que ésta fue introducida en algunos Estados antes de la celebración del citado Tratado, como ocurrió, entre noviembre y diciembre de 1918, en Alemania, Austria, la entonces Checoslovaquia y Luxemburgo.

Pero, con todo ello, como también se ha indicado, el nacimiento de un organismo internacional fue lo que verdaderamente resultó ser un factor crucial para el desarrollo del Derecho laboral. Cobra un papel relevante la fuente internacional como es el tratado, es decir, normas de Derecho internacional que se integran en el Derecho interno de los Estados²³ al ser asu-

-
22. Aparte de la referencia a la jornada laboral el texto del artículo 427 del Tratado de Versalles es de vital importancia al fijar unos principios básicos sobre los que deberían estructurarse las leyes laborales en cada Estado: «Las altas partes contratantes, reconociendo que el bienestar físico, moral e intelectual de los trabajadores asalariados es una importancia esencial desde el punto de vista internacional, han establecido, para llegar a ese objeto elevado, el organismo permanente previsto en la Sección I y asociado al de la Sociedad de las Naciones. Ellas reconocen que las diferencias de clima, de costumbres y de usos, de oportunidad económica y de tradición industrial, hacen difícil alcanzar de una manera inmediata la uniformidad absoluta en las condiciones del trabajo. Pero, persuadidas como están de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como un artículo de comercio, piensan que hay métodos y principios de reglamentación de las condiciones del trabajo que todas las comunidades industriales deberán esforzarse en aplicar, en cuanto lo permitan las circunstancias especiales en que puedan encontrarse. Entre esos métodos y principios, las Altas Partes Contratantes consideran ser de una importancia ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio; 2.- El derecho de asociación para todos los objetos no contrarios a las leyes, tanto para los asalariados como para los empleadores; 3.- El pago a los trabajadores, de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, tal como se comprende en su tiempo y en su país; 4.- La adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas, como objetivo a alcanzar en todas partes en que aún no haya sido obtenido; 5.- La adopción de un descanso hebdomadario de veinticuatro horas como *mínimum*, que debería comprender el domingo, siempre que fuera posible; 6.- La supresión del trabajo de los niños y la obligación de introducir en el trabajo de los jóvenes de ambos sexos las limitaciones necesarias que les permitan continuar su educación y asegurar su desarrollo físico; 7.- El principio de salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor; 8.- Las reglas dictadas en cada país sobre las condiciones del trabajo deberán asegurar un tratamiento económico, equitativo a todos los obreros que legalmente residan en el país; 9.- Cada Estado deberá organizar un servicio de inspección en el que haya mujeres, con el fin de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos de protección de los obreros. Sin proclamar que esos principios y esos métodos son completos o definitivos, las Altas Partes Contratantes opinan que son apropiados para guiar la política de la Sociedad de las Naciones; y que, si son adoptados por las comunidades industriales que son miembros de la Sociedad de las Naciones, y si son mantenidos intactos en la práctica por un cuerpo apropiado de inspectores, extenderán beneficios permanentes para los asalariados del mundo».
23. Así sucede en España el artículo 96.1 de la Constitución de 1978 determina que: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del

midas por éstos mediante «la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido», que son las formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado, según determina el artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969²⁴. La creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT/ILO)²⁵, conforme a las disposiciones incluidas en el aludido Tratado de Versalles, concretamente en la Parte XIII, artículos 387 a 427, en cuyo Preámbulo viene a destacarse, entre otras cosas, que «las naciones retardatarias en el terreno social constituyen un obstáculo a los esfuerzos de otros países para mejorar la situación de sus trabajadores», por cuya razón deciden crear una «organización permanente encargada de laborar por la realización del programa expuesto en el preámbulo»²⁶, fue una novedad crucial. La OIT, con remotos antecedentes a fines del siglo XIX²⁷, fue creada, con sede en Ginebra, el 11 de abril de 1919, y su verdadero origen se halla en los tratados de paz que pusieron fin a la I Guerra Mundial. En realidad, no podía ser considerada esta Organización, pese a su origen normativo, como un órgano más de la Sociedad de las Naciones, habida cuenta de su estructura independiente y de que sus actividades se llevaban a cabo un tanto al margen de la Sociedad de las Naciones. En la historia de la OIT, que sobrevivió a la hecatombe de la II Guerra Mundial, cabe señalar, por consiguiente, dos etapas perfectamente diferenciadas, la anterior a ese conflicto bélico y la posterior a 1945. Iniciada la época de la postguerra se evidenció la necesidad de sustituir la primitiva Organización por un nuevo organismo, con la consiguiente necesidad de modificar la constitución de la OIT a efectos de su adaptación como un organismo especializado más de la entonces naciente Organización de las Naciones Unidas, cuya efectiva vinculación a ésta tuvo lugar el 14 de diciembre de 1946²⁸.

Derecho internacional», precepto que coincide con artículo 1.º.5 del Código Civil en la versión dada por la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar y Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que aprobó el texto articulado del Título Preliminar, por tanto el Código Civil, antes de la aprobación de la Constitución vigente ya estableció en el referido párrafo 5 del artículo 1.º que: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*».

24 La adhesión de España se produjo el 16 de mayo de 1972, *Vid.* Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 142, de 13 de junio de 1980.

25 Con anterioridad a la II Guerra Mundial la bibliografía más relevante sobre la O.I.T. es la siguiente: JOUHAUX, Léon: *L'Organisation Internationale du Travail*, París, 1921; GUERREAU, Maurice: *Une nouvelle institution du droit des gens: l'Organisation permanente du travail*, París, 1923; MAHAIM, Ernest: *L'Organisation permanente du travail*, París, 1925; BARNES, George Nicoll: *History of the International Labour Office*, Londres, 1926; ARGENTIER, Claude: *Les resultats acquis par l'Organisation permanente du travail de 1919 à 1929*, París, 1930; SCALLE, Georges: *L'Organisation Internationale du travail et le B.I.T.*, París, 1930; THOMSON SHOTWELL, James (compilador): *The origins of the International Labour Organization*, 2 vols., Nueva York, 1934; GRAHAM WILSON, Francis: *Labour in the League System*, Stanford, 1934; ELLSWORTH LOWE, Boutelle: *The International protection of labor: International Labor Organization, history and law*, Nueva York, 1935; BERENSTEIN, Alexandre: *Les organisations ouvrières*, París, 1936.

26 Dos obras hoy ya clásicas son GODART, J.: *Les clauses du travail dans le Traité de Versailles. Les Décisions de la conférence de Washington*, París, 1920; y DRECHSEL, Max: *Le Traité de Versailles et le mécanisme des conventions internationales du travail*, Bruselas, 1926.

27 FOLLOWS, John W.: *Antecedents of the I.L.O.*, Oxford, 1951.

28 SEARA VÁZQUEZ, Modesto: *Tratado General de la Organización Internacional*, Fondo de Cultura

Y es, como se ha apuntado, con el comienzo de las actividades de la OIT cuando el Derecho internacional impacta en el Derecho laboral de los Estados que llegan a ser parte de los convenios que comienza a elaborar el citado organismo²⁹. Así, la I Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en la capital norteamericana en 1919, bajo los auspicios de la citada Organización, ya elaboró y aprobó una convención que establecía la jornada de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales en la industria³⁰, y dejaba libertad para determinar que se entendía por «industria» a los Estados parte, a la vez que el veinticinco por ciento de suplemento por las horas extraordinarias. Esta Convención que entró en vigor, no sin ciertas reticencias, para diversos Estados como fue el caso de Grecia (1920), la entonces Checoslovaquia y Rumanía (1921) fue ratificada por algunos Estados con reservas, así Austria, Bélgica, España, y Francia. También el 17 de noviembre de 1921 la OIT elaboró la Convención sobre el descanso semanal en el trabajo, cuyo artículo 2 lo consagra con estas palabras: «Todo el personal empleado en un establecimiento industrial público o privado o bien en sus filiales, debe disfrutar cada siete días de por lo menos veinticuatro horas de reposo continuo, con las excepciones previstas en los artículos siguientes. Dicho reposo debe ser concedido, en la medida de lo posible, a todo el personal del establecimiento simultáneamente. Habrá de coincidir, si ello es posible, con los días consagrados por las tradiciones o costumbres del país o bien de la provincia»³¹.

-
- Económica, México D. F., 1974, p. 40; para el análisis estructural de la OIT, *Vid.* esta misma obra, pp. 481-495; *Vid.* también, DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: *Las Organizaciones internacionales*, 15.ª ed., Madrid, 2008, pp. 365-373.
- 29 Sobre los aspectos de las convenciones existe bibliografía desde antes de la II Guerra Mundial, así, por ejemplo, JENKS, C.W.: *Some characteristics of international labour conventions*, en *Canadian Bar Review*, vol. XIII, 1935, pp. 448-462; Morellet: *Un type original de traités: les conventions internationales du travail*, en *Revue Critique de Droit international privé*, 1938, pp. 1-21. Del citado organismo se ha dicho modernamente que «de todas las organizaciones universales, es ciertamente la O.I.T, la que, si se exceptúa el caso muy particular de las convenciones de desarme, ha puesto sobre el terreno los procedimientos más perfeccionados de control y de aplicación de las convenciones elaboradas bajo sus auspicios», *Vid.* QUOC DINH, Nguyen et al., *op. cit.*, p. 225; *Vid.* también sobre este aspecto, TROCLET, L.E.: *La législation sociale internationale*, en *Cahiers de l'Institut e Sociologie, Université Libre de Bruxelles*, cahier n.º 4, pp. 513-602; LANDY, E.A.: *The Effectiveness of International Supervision, Thirty Years of I.L.O. Experience*, (Stevens and Sons), London, 1966 VALTICOS, Nicolás: *Conventions internationales du travail et droit interne*, en *Revue critique de droit international privé*, 1955, pp. 251-288; y del mismo autor: *Un système de contrôle international: la mise en oeuvre des conventions internationales du travail*, en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1968-I, vol. 123, pp. 321-408; de Nicolás Valticos apareció su obra *Derecho internacional del trabajo*, traducida al español por M. José TRIVIÑO, editada por Tecnos, Madrid, 1977, 560 pp.; *Vid.* también CORNIL, Pierre.: *Le rôle de la commission d'experts de l'O.I.T. dans le controle de l'application des conventions internationales du travail*, en *Revue belge de droit international*, 1970, pp. 265-278.
- 30 La Convención de 19 de mayo de 1925 estableció una limitación de horas de trabajo nocturno en las panaderías. Algunas Convenciones no llegaron a adquirir vigencia como, por ejemplo, la de 28 de enero de 1935, que modifica la de 28 de enero de 1931, y la de 25 de junio de 1935, que se refería a la semana de cuarenta horas de trabajo para determinadas industrias afectadas por gran desempleo.
- 31 *Vid.* OSMAÑCZYK, Edmund Jan: *Enciclopedia mundial de relaciones internacionales y Naciones Unidas*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1976, p. 478.

En la XXVI Conferencia General de la OIT, reunida en Filadelfia en 1944, se aprobó la llamada «Declaración de Filadelfia» que, por cierto, fue calificada por el presidente norteamericano F. D. Roosevelt como la «síntesis de las aspiraciones de una época», como recuerda Marc Montceau³²; una declaración en la que se fijaban los fines de la OIT que, en 1946, se incorporó como apéndice en la Constitución de dicha Organización³³. Posteriormente, la XXIX Conferencia General, celebrada en Montreal en 1946, ciudad a la que durante la guerra habían sido trasladados gran parte de los servicios de la Oficina Internacional del Trabajo, aprobó ciertas enmiendas a la constitución de la OIT que supusieron ya la total ruptura con la Sociedad de las Naciones³⁴ y su conversión en un organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas, cuya nueva Constitución enmendada, que consta de cuarenta artículos³⁵, cobró vigencia el 20 de abril de 1948, cuando se alcanzó el número exigido de ratificaciones³⁶. De su texto es de destacar, en cuanto a los principios generales en los que se basa la aludida Constitución, la trascendental importancia del párrafo segundo del Preámbulo³⁷, que

32 Vid. su obra *L'Organisation Internationale du Travail*, París, 1959, p. 17.

33 Como escribe Seara Vázquez «la Declaración de Filadelfia va más allá que el preámbulo y no se limita a desmenuzar los principios ya contenidos en él, sino que enuncia una serie de principios políticos de alcance mayor que el puramente laboral», añadiendo que ante las concepciones políticas previas, a la enunciación de derechos, son de particular necesidad «cuando esos derechos son de carácter laboral», Vid. su *op. cit.*, p. 482.

34 La Sociedad de Naciones dejó de existir legalmente el 31 de julio de 1947, fecha en que tuvo lugar el cierre de cuentas de la Oficina de liquidación, Vid. ROUSSEAU, Charles: *Derecho internacional público*, trad. esp., 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1961, p. 183, y Myers, D.: *Liquidation of League of Nations functions*, en *American Journal of International Law*, 1948, pp. 320-354.

35 El artículo 1.º 1 dice que: «Se funda una organización permanente encargada de trabajar por la realización del programa expuesto en el preámbulo a esta Constitución y en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944, cuyo texto figura como anexo a esta Constitución»; el texto completo de ésta y del anexo puede verse en Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales: *Organizaciones internacionales no americanas. Instrumentos constitucionales*, Washington, D. C., 1964.

36 Pocos años antes ya la doctrina había prestado atención a esa transformación, vid, p. ej., JENKS, C. W.: *The Revision of the Constitution of the International Labor Office*, en *British Yearbook of International Law*, Londres, 1946, pp. 307-317; RICE, William G.: *The Revision of an International Constitution: the New Era for the International Labor Organization*, en *Wisconsin Law Review*, Madison, julio, 1947, pp. 514-545. Y con posterioridad a ese momento también apareció hasta la década de los setenta del pasado siglo una destacable bibliografía en la que merece subrayar obras como las de DE LUSIGNAN, Guy: *L'Organisation Internationale du Travail*, París, 1950; Bureau Internationale du Travail: *L'Organisation Internationale du Travail. Trente ans de combat pour la justice sociale, 1919-1949*, Ginebra, 1950; BEGUIN, Bernard: *Le Tripartisme dans l'Organisation Internationale du Travail*, Ginebra, 1959; SALAH-BEY, Anisse: *L'Organisation Internationale du Travail et le Syndicalisme Mondial (1945-1960)*, París, 1963; VOGEL-POLSKY, E.: *Du tripartisme à l'Organisation Internationale du Travail*, Bruselas 1966; Morse, David A.: *The Origin and Evolution of the I.L.O. and its Role in the World Community*, New York, 1969; SHKUNAEV, V. G.: *The International Labor Organization. Past and Present*, Moscú, 1969; JOHNSTON, G. A.: *The International Labour Organization: Its Work for Social and Economic Progress*, Londres, 1970; JENKS, C. W.: *Social Justice in the Law of Nations: The ILO Impact after Fifty Years*, New York, 1970.

37 Dice así: «Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y la armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas

al referirse expresamente a los trabajadores ocupados «en el extranjero» está refiriéndose ya a la presencia de problemas propios del Derecho internacional privado que cada ordenamiento nacional regula, en principio, de forma independiente a través de las correspondientes reglas de competencia judicial internacional y reglas de conflicto, que determinan, respectivamente, si los jueces de un Estado pueden conocer del litigio y si el derecho aplicable en la sentencia será la *lex fori* o bien una ley extranjera. A propósito de ello, si se nos permite una breve digresión, por lo que atañe a España recordaremos que la competencia judicial internacional de los jueces y Tribunales en el orden laboral viene fijada por el artículo 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio³⁸. Posteriormente, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, se ocupó de regular el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios³⁹. Por lo que respecta a la regla de conflicto el Código Civil, desde la reforma que en 1974 sufrió la totalidad de su Título Preliminar, determinó en su artículo 10. 6 que: «A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8.º, les será de aplicación la Ley del lugar donde se presten los servicios». Sin embargo, esta estrechísima regla de conflicto que únicamente señalaba como aplicable, en todo caso, la *lex loci laboris*, y que estuvo vigente treinta y cinco años, quedó derogada y sustituida por el Reglamento (CE) número 593/2008 (aplicable desde el 17 de diciembre de 2009, según lo dispuesto en su artículo 29, párrafo segundo) del

condiciones, por ejemplo en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez e invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas».

38 Dice el citado precepto no ha sufrido modificación desde 1985, y dice así: «En el orden social, los juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido por oferta recibida en España por trabajador español; 2.º En materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo celebrados en España y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español; 3.º En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España».

39 Vid. texto en BOUZA VIDAL, Nuria et al.: *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 31.ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 1453-1460. Sobre la transnacionalidad se ha ocupado muy recientemente en una espléndida monografía el profesor SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo. La génesis de un estatuto para el trabajo global*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022, 220 pp., quien posteriormente ha vuelto sobre el tema en su artículo *Los Derechos Humanos laborales como objeto de protección del Derecho transnacional del trabajo*, en la obra colectiva dirigida por María Chiara MARULLO-Lorena SALES PALLARÉS-Francisco Javier ZAMORA CABOT, y coordinada por Núria REGUART SEGARRA: *Empresas transnacionales, Derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Ed. Colex, A Coruña, 2023, pp. 261-281.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuyo párrafo 34 de la Exposición de Motivos señala que: «La norma sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador, de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios»⁴⁰ y, en consecuencia, siguiendo tal criterio dedicó el artículo 8.º a los *contratos individuales de trabajo*⁴¹; una normativa uniforme para todos los Estados miembros de la Unión Europea⁴². Pero debe advertirse que el citado Reglamento Roma I solo es aplicable en los supuestos, como señala su artículo 1. 1, «que impliquen un conflicto de leyes», por lo tanto, si la relación laboral es puramente doméstica, es decir, que todos sus elementos estén conectados con España, la aplicación de la ley española no resulta de la «lógica» sino de la aplicación del artículo 10.6 del Código Civil que, para ese caso, sigue vigente.

Volviendo, tras este paréntesis, a la historia de la actividad de la OIT bastaría con destacar que desde su primera época, y a lo largo de sus primeros cuarenta años (1920-1959), la Organización ha desempeñado, y sigue desempeñando, un papel fundamental en el crecimiento y desarrollo del Derecho laboral en sus diversos sectores así, por ejemplo, la variedad de aspectos referidos al trabajo de la gente de mar, sobre los que elaboró veintiocho convenciones⁴³, lo cual revela la importante función que tiene el Derecho internacional en el que los

40 Diario Oficial L 18, de 21-1-1997, p. 1.

41 He aquí su texto: «1. El contrato individual de trabajo se regirá por la Ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la Ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo. 2. En la medida en que la Ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la Ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. 3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la Ley aplicable, el contrato se regirá por la Ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. 4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la Ley de ese otro país», *Vid.* texto en BOUZA VIDAL, Nuria *et al.*: *op. cit.*, pp. 1357-1358. En relación con el apartado 4 del artículo cuyo texto se ha reproducido, consideramos que éste es, con carácter general, de muy dudosa aplicación en España, *Vid.* TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio-ALCOLADO CHICO, María Teresa: *Un aspecto filosófico del conflicto de leyes: origen y desarrollo histórico-doctrinal de la «cláusula de excepción»*, en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. I, núm. 2, 2016, pp. 306-355.

42 En España la doctrina internacionalista, si bien en los programas de enseñanza hacía referencia en la parte especial del Derecho internacional privado al Derecho laboral internacional, comienza a ocuparse con más intensidad a partir de los años ochenta del pasado siglo con la obra de Francisco Javier ZAMORA CABOT *Acercamiento al derecho laboral internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, y las contribuciones de, entre otros autores, de Mercedes MOYA ESCUDERO, Elena ZABALO ESCUDERO y José Antonio PASTOR RIDRUEJO.

43 Incluido el Acuerdo que a iniciativa de la OIT se firmó en Bruselas, el 1 de diciembre de 1924, sobre el tratamiento de enfermedades venéreas a los marineros en los barcos mercantes, son éstas: Convención núm. 7 (9 de julio de 1920), sobre la edad mínima en que los niños pueden

derechos humanos no son una lista cerrada, un *numerus clausus* desde 1948 y, en particular, desde los Pactos de 1966, sino que siempre se hallan en un proceso, como quiera llamársele, de desarrollo o crecimiento⁴⁴. España, Estado miembro de la O.I.T. desde el primer momento de su existencia tiene ratificados ciento treinta y tres convenios, de los cuales ciento veintiuno son técnicos, ocho son fundamentales⁴⁵ y cuatro de gobernanza⁴⁶; desde 1986 existe una

trabajar en la marina mercante (36 ratificaciones); Convención núm. 8 (9 de julio de 1920), sobre las indemnizaciones en caso de desempleo a consecuencia de catástrofe marítima (37 ratificaciones); Convención núm. 9 (9 de julio de 1920), sobre las agencias de trabajo para marineros (27 ratificaciones); Convención núm. 15 (11 de noviembre de 1921), sobre el establecimiento de la edad mínima de los menores de edad para trabajar bajo la cubierta y en la sección de calderas de un barco (53 ratificaciones); Convención núm. 16 (11 de noviembre de 1921), sobre el examen médico obligatorio de los niños y menores de edad empleados en los barcos (50 ratificaciones); Convención núm. 22 (23 de noviembre de 1926), sobre el acuerdo del trabajo de los marineros (39 ratificaciones); Convención núm. 23 (23 de junio de 1926), sobre la repatriación de los marineros (24 ratificaciones); Convención núm. 53 (24 de octubre de 1936), sobre las exigencias profesionales mínimas para capitanes y oficiales de barcos mercantes marítimos (20 ratificaciones); Convención núm. 54 (24 de octubre de 1936), sobre las vacaciones anuales pagadas para los marineros (7 ratificaciones); Convención núm. 55 (24 de octubre de 1936), sobre la responsabilidad del armador en caso de enfermedad, lesión o muerte del marinero (9 ratificaciones); Convención núm. 56 (24 de octubre de 1936), sobre los seguros para los marineros en caso de enfermedad (8 ratificaciones); Convención núm. 57 (24 de octubre de 1936), sobre el horario de trabajo en los barcos marítimos (5 ratificaciones); Convención núm. 58 (24 de octubre de 1936), sobre la edad mínima admisible para el trabajo de los niños en el mar (40 ratificaciones); Convención núm. 68 (27 de junio de 1946), sobre el abastecimiento de provisiones y el servicio de tripulaciones en los barcos (14 ratificaciones); Convención núm. 69 (27 de junio de 1946), sobre los certificados de cocineros calificados en los barcos (16 ratificaciones); Convención núm. 70 (27 de junio de 1946), sobre los seguros sociales de los marineros (6 ratificaciones); Convención núm. 71 (27 de junio de 1946), sobre las jubilaciones para los marineros (18 ratificaciones); Convención núm. 72 (27 de junio de 1946), sobre las vacaciones pagadas para los marineros (5 ratificaciones); Convención núm. 73 (27 de junio de 1946), sobre los exámenes médicos de los marineros (17 ratificaciones); Convención núm. 74 (27 de junio de 1946), sobre los certificados de calificación de los marineros de mayor rango (13 ratificaciones); Convención núm. 75 (27 de junio de 1946), sobre el alojamiento para las tripulaciones de los barcos, que fue sustituida por la Convención núm. 92, de 18 de junio de 1949; Convención núm. 76 (27 de junio de 1946), sobre el pago, horas de trabajo y carga de los barcos, sustituida por la Convención núm. 93, de 18 de junio de 1949; Convención núm. 91 (10 de junio de 1949), sobre las vacaciones pagadas para los marineros, que modifica la Convención núm. 73 (13 ratificaciones); Convención núm. 92 (18 de junio de 1949), sobre el alojamiento para la tripulación en los barcos, que sustituye a la Convención núm. 75 (16 ratificaciones); Convención núm. 93 (18 de junio de 1949), sobre salario y horarios de trabajo en los barcos, que sustituye a la Convención núm. 76 (5 ratificaciones); Convención núm. 108 (5 de junio de 1958), sobre los documentos de identidad (10 ratificaciones); Convención núm. 109 (5 de junio de 1958), sobre el salario y horario de trabajo y estado de la tripulación de los barcos; Convención núm. 112 (3 de junio de 1959), sobre la edad mínima en la que se permite trabajar en la pesca, *Vid.* OSMAŃCZYK, Edmund Jan: *op. cit.*, p. 450.

44 Así, por ejemplo, en la legislación española el reciente Real Decreto 4/2023, sobre actividades laborales en espacios abiertos cuando se superen determinadas temperaturas solares.

45 *Vid. Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, 2.ª ed., 2003.

46 Convenios núm. 81, sobre la inspección de trabajo (1947); núm. 122, sobre la política de empleo

Oficina de la O.I.T. en Madrid, y entre 2016 y 2019 la aportación de España a ese organismo superó los 38,9 millones de dólares⁴⁷.

Con la creación, mediado el siglo XX, de las Comunidades Europeas organización más tarde transformada en la actual Unión Europea, ésta se preocupó de regular cuestiones propias del Derecho laboral a partir del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957), artículos 39 a 42 de la versión consolidada⁴⁸, y a través de otros instrumentos como la Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961), el Código Europeo de la Seguridad Social (Estrasburgo, 16 de abril de 1964), y normas reglamentarias, así, el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad; o el Reglamento (CEE) núm. 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del citado Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Ya iniciado el siglo XXI el proyecto de Tratado de 2003 por el que se instituye una Constitución para Europa⁴⁹ se ocupó en el título III, capítulo I, sección 2, subsección 1, artículo III (18 a 21, ambos inclusive) de los trabajadores, estableciendo, entre otros derechos, la libre circulación dentro de la Unión, la prohibición de discriminación entre los trabajadores nacionales de los Estados miembros, respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo⁵⁰.

Por los años en que nació la actual Unión Europea no faltaron referencias al Derecho laboral por parte de la doctrina que, en ese momento, entendía que el Derecho internacional de mediados de la pasada centuria presentaba, respecto de tiempos anteriores, una nueva estructura. Fue el caso, en Estados Unidos, de Wolfgang Friedmann quien expuso su parecer, en 1964, en el sentido de que el Derecho internacional se había convertido «en algo completamente diferente de lo que fue, no digamos hace cien años, sino hace apenas una generación»⁵¹. En

(1964); núm. 129, sobre la inspección de trabajo (agricultura) (1969), y núm. 144, sobre la consulta tripartita (normas internacionales de trabajo) (1976).

47 La lista de tratados elaborados por la O.I.T. de los que España es parte hasta el 1 de agosto de 1975, puede verse en: Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica: *Censo de Tratados internacionales suscritos por España*, t. II, multilaterales, Madrid, 1976, y a partir de ese año en Aranzadi. *Repertorio cronológico de legislación*.

48 Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli: *Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario*, 14.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pp. 114-115.

49 DOUEC, de 18 de julio de 2003. Una Constitución para Europa ya fue publicada en Madrid, en 1839, por el asturiano Juan Francisco SIÑÉRIZ: *Constitución Europea con cuya observancia se evitarán las guerras civiles, las nacionales y las revoluciones y con cuya sanción se consolidará una paz permanente en Europa*. El texto fue reeditado (Oviedo, 2005), con prólogo nuestro, por la Junta General del Principado de Asturias con motivo de la celebración, el 9 de mayo, del Día de Europa.

50 Vid. LA LEY: *Código Unión Europea*, Madrid, 2004, pp. 392-393.

51 FRIEDMANN, Wolfgang: *La nueva estructura del Derecho internacional*, trad. esp., de la edición inglesa *The Changing Structure of International Law* (1964), Ed. F. Trillas, S. A., México D. F., 1967, p. 5. El prestigioso profesor, primero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto en 1955, y casi inmediatamente de la Columbia Law School, así como asesor jurídico de las Naciones Unidas, Wolfgang GASTON FRIEDMANN, nacido en Berlín el 25 de enero de 1904, murió asesinado el 20 de septiembre de 1972 víctima de un atraco que sufrió en Manhattan, concretamente en la Amsterdam Avenue, entre las calles 122 y 123, frente a un colegio público; la noticia, que tuvo

su obra se ocupa de lo que él denomina «nuevos campos del Derecho internacional» entre los que incluye el Derecho constitucional, administrativo, penal, mercantil, fiscal, etc., y también, como no podría ser de otro modo, el «Derecho obrero internacional» que contempla, por un lado desde la OIT, y por otro desde la entonces casi reciente Comunidad Europea⁵².

Para el citado profesor norteamericano la OIT constituye el cuerpo del Derecho internacional «cooperativo» mejor establecido y sistematizado cuyo «Código Internacional del Trabajo» contiene el conjunto del «Derecho obrero internacional», pero no obstante lograr una verdadera existencia de ese Derecho no es un camino exento de trabas y dificultades como son las derivadas de las limitaciones procesales de la OIT que se encuentran en su naturaleza, primero por las exigencias para la aprobación de las convenciones en la propia OIT, y después por las derivadas en cada Estado de su Derecho constitucional previas a la ratificación del texto convencional. Sin embargo, pese a los obstáculos que existen, las reglas provenientes de la OIT se consideran como

repercusión mundial en los *mass media*, fue distribuida a la prensa española por la agencia Cifra.

52 Es evidente que el término «internacional» es una referencia a «entre» y, por tanto, al «más allá de la frontera nacional», sin embargo entendemos que la expresión «Derecho laboral internacional» no es propia para normas de *fuerza internacional* (tratados), sino para las normas de *fuerza interna* con proyección internacional, como son las reglas de conflicto de leyes y las de las leyes de extranjería en cuanto regulan el establecimiento de trabajadores extranjeros en el Estado (permiso de residencia, permiso de trabajo...).

La visión del Derecho laboral, como hace Friedmann, desde la OIT y la Comunidad Europea responde a normas que no son de *fuerza interna* sino *internacional* en cuanto a las primeras, y en cuanto a las segundas si bien éstas están dotadas de una fuerte internacionalidad lo cierto es que su fuente es propiamente *comunitaria*, y por ello la denominación que creemos apropiada es la de «Derecho *internacional* obrero». Es verdad que el «Derecho *internacional* privado», denominación propuesta en 1834 por Joseph Story en el párrafo 9 de la introducción a su obra *Commentaries on the conflict of laws...* publicada en Boston, utilizada después en 1841 en Europa por el alemán Schaeffner, y popularizada por Jean Jacques Foelix en 1843, es primariamente de *fuerza interna*, aunque se nutra también de normas de *fuerza internacional* que se integran en el ordenamiento jurídico de los Estados, por lo que cabe someter esa denominación a la misma crítica, aunque como escribió Yanguas Messía, siendo un rótulo defectuoso «es hoy expresión de uso universal y el enunciado con el que todos nos entendemos», *Vid.* YANGUAS MESSÍA, José de: *Derecho internacional privado. Parte general*, 3.ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1971, p. 41. Pero ello no ha impedido que, aparte de las diecinueve denominaciones propuestas para sustituir el rótulo de «Derecho internacional privado» que no tuvieron futuro, ciertos autores se hayan preocupado de precisar concretamente la denominación correcta, así recuerda Martin Wolff que en Escocia la denominación es la de «Derecho *privado* internacional», *Vid.* su obra *Derecho internacional privado*, trad. esp. de la segunda ed. inglesa, ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 9, nota 21; y ha ocurrido en el caso del uruguayo Quintín ALFONSÍN quien en 1955 publicó en Montevideo su *Curso de derecho privado internacional*, cuyo volumen I está dedicado a la *Teoría del derecho privado internacional*, así como en el mi maestro, el profesor Mariano Aguilar Navarro, que en sus clases magistrales en el curso académico 1971-1972 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid se refería constantemente al «Derecho *privado* internacional», si bien su obra aparezca publicada con el rótulo generalmente aceptado de «Derecho internacional privado», *Vid.* TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. I, Introducción, Historia doctrinal y Codificación, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 30.

generales y de referencia, de ahí que «el *Derecho internacional del trabajo*⁵³ deberá sentirse satisfecho con progresos graduales dirigidos hacia la adopción de los principios elementales de la civilización en materia de trabajo...»⁵⁴; unos principios que son, entre otros, la prohibición de determinadas formas de explotación, como el trabajo de niños, el que se lleva a cabo obligadamente pero sin paga (esclavitud), la organización libre y autónoma del trabajo, etc. La aspiración es la de lograr una unificación del Derecho laboral a nivel mundial, sin embargo, como señala Friedmann, existen «enormes dificultades que se interponen en el camino de la unificación»⁵⁵, entre las que se encuentran las condiciones de contratación colectiva y fijación de mínimos de trabajo y de seguridad social; la fuerza normativa de las normas de fuente internacional entre empresarios y sindicatos de trabajadores, como interesados y en relación con terceros; las formas de establecer la personalidad de los representantes de empresarios y obreros en las negociaciones cuando existen organizaciones contrapuestas; cuando el Estado interviene imponiendo un contrato-tipo para una determinada industria, estableciendo el arbitraje obligatorio, o confiriendo facultades para fijar condiciones laborales a un determinado órgano; la legalidad de huelgas obreras y cierres patronales; o, en fin, equiparación legal de empresarios y trabajadores en empresas públicas del Estado con los de las empresas privadas. Todo ello, aun en una organización de Estados de legislaciones similares, como es la actual Unión Europea, impedirá adoptar de modo uniforme los principios elementales de Derecho laboral, de ahí que solo los tratados internacionales (de nuevo se subraya aquí la importancia del Derecho internacional) serán la vía previa y necesaria para conseguir llegar a una futura unificación del Derecho laboral⁵⁶. Y este es el panorama que persiste al comienzo del siglo XXI, aunque la doctrina no cese de plantearse la búsqueda de vías de avance, hacia una superación del papel que viene llevando a cabo el Derecho internacional desde 1919, con vistas a un «Derecho transnacional», es decir, a una nueva forma de Derecho que aparezca con una estructura nueva, a un *tertium genus*, junto al Derecho laboral interno y al Derecho internacional laboral, sin que, desde luego estos sectores pierdan su función ni queden sustituidos por este nuevo Derecho, sobre lo que, en este sentido, se ha pronunciado con toda claridad y precisión, el profesor Sanguineti Raymond, en su citada obra, quien entiende, con respecto al «Derecho Transnacional de Trabajo», que: «Este es un nuevo Derecho que no sustituye ni se superpone al Derecho Internacional del Trabajo, ni tampoco a los ordenamientos laborales de base nacional, sino que opera como una estructura al servicio de la aplicación de ambos, valiéndose de la instrumentalización del poder de control de las grandes corporaciones sobre sus redes mundiales de empresas colaboradoras como herramienta principal para conseguir este resultado en cualquier espacio en el que estas redes se encuentren situadas»⁵⁷.

III. La progresión hacia un Derecho transnacional y mundial

Fue en la segunda mitad del siglo XX cuando en Estados Unidos de América se comenzó a hablar del *Derecho transnacional* como una noción diferenciada del Derecho internacional, y

53 Aquí sí se hace referencia correctamente, a nuestro parecer, al rótulo adecuado.

54 FRIEDMANN, Wolfgang: *op. cit.*, p. 202.

55 FRIEDMANN, Wolfgang: *op. cit.*, p. 205.

56 *Id.*: *op. cit.* pp. 205-206. *Vid.* al respecto las citas de Kahn-Freund: *Labor Law and Social Security*, en el colectivo dirigido por Stein-Nicholson: *American Enterprise in the European Common Market*, vol. I, 1960, pp. 296-458; y del mismo autor: *Local Policy and the Common Market*, en *32 Political Quarterly*, 1961, p. 341 y ss.

57 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: *op. cit.*, p. 17.

por ello es preciso concretar qué comprende jurídicamente esa denominación. Como escribe Philip Caryl Jessup, en su obra *Transnational Law*⁵⁸, fue Myres McDougal quien «nos ha familiarizado con el uso del adjetivo “transnacional” para describir grupos cuya composición o actividades trascienden las fronteras nacionales», y Joseph E. Johnson sugirió con mayor extensión la utilidad de usar la palabra “transnacional” en lugar del vocablo “internacional”, en su discurso del 15 de junio de 1955, dirigido a la asamblea anual de la Fundación Harvard y ex alumnos de la Escuela de Derecho»⁵⁹. Esa expresión fue igualmente utilizada por Arthur Nussbaum⁶⁰, por Percy Elwood Corbett⁶¹, y por Wolfgang Friedmann que por esos años fundó la *Columbia Journal of Transnational Law* (CJTL). En su citada obra Philip C. Jessup manifestó un pensamiento que podría relacionarse con el del francés Georges Scelle⁶² para quien el Derecho internacional es, como el Derecho interno, un derecho que se aplica a los *individuos* miembros de diferentes sociedades nacionales, por lo que no hay un Derecho *interestatal*. El Estado es un compuesto de *territorio, población y poder* y por tanto nada es sin el elemento *población*, e incluso el *poder* se ejerce por y está compuesto por individuos, a lo que habría que añadir que un cuarto elemento constitutivo del Estado, añadido por la doctrina objetivista francesa, y que está constituido por los «servicios públicos», tampoco puede existir sin la presencia y acción del *individuo*. Es por ello que, para Scelle, el llamado Derecho internacional debería titularse «Derecho de *gentes*», entendiéndose por «*gentes*» a todos los seres humanos, a los individuos⁶³. *Derecho transnacional* fue entonces una terminología nueva que, de alguna manera, recordaba con lejanos ecos la idea que ya en 1888 había formulado en Alemania Ernst Zitelmann en una excelente publicación sobre la posibilidad de un conjunto de reglas⁶⁴ que iba aún más allá de lo hasta entonces conocido que él denominó «*Derecho mundial*», y que no desapareció ya que sobre el mismo insistirían, años después, el jurista y político alemán Heinrich Held, en la *Staatslexicon Herders*, y al filo de iniciarse la

58 Publicada por Yale University Press en 1956.

59 Vid. JESSUP, Philip C: *Derecho transnacional*, trad. esp., Ed. F. Trillas, México D. F., 1967, p. 10, nota 3.

60 Vid. *A Concise History of the Law of Nations*, Ed. Macmillan (ed. rev.), New York, 1954.

61 *The Study of International Law*, Garden City, Doubleday, New York, 1955, p. 50.

62 Quien, por cierto, se ocupó en su juventud de la esclavitud al redactar su tesis doctoral, dirigida por Antoine Pillet, que ha sido reeditada recientemente, en francés, bajo el título *Histoire Politique de la Traite Nègrière aux Indes de Castille. Contrats et Traités D'Assiento*, por la editorial Forgotten Books, Londres, 2018.

63 Vid. QUOC DINH, Nguyen et al.: *op. cit.*, p. 79. La referencia a las «gentes» fue normal a lo largo del tiempo en el título de lo que hoy denominamos «Derecho internacional público» (PUFENDORF, THOMASUS, BURLAMAQUI, Rachel, VATTEL, G. F. VON MARTENS...) hasta que en 1780 Jeremías BENTHAM empleó por vez primera la expresión *International Law* que enseguida hizo fortuna, aunque bien entrado el siglo XIX el término «gentes» se mantenía en la doctrina de uno y otro lado del Atlántico (KLÜBER, BELLO, MASSÉ, WHEATON) y, desde luego, siga siendo hoy válida en el sentido del Derecho romano de «pueblos» o naciones. Setenta y seis años después de su publicación sigue siendo fundamental la obra de Gabrio Lombardi *Sul concetto di «ius Gentium»* (Istituto di diritto romano, Roma, 1947). Paralelamente en el Derecho internacional privado las doctrinas *universalistas* (Ludwig VON BAR, Ernst FRANKENSTEIN, Hans WIEBRINHAUS) buscaron, con sus propias ideas, un juicio colectivo de todos los hombres del que emanarían unas reglas jurídicas universales obligatorias para todos los miembros de la comunidad humana por igual y, en consecuencia, el deber de ser aplicadas por los jueces de todos los Estados, Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: *op. cit.*, t. I, pp. 440-446.

64 Vid. *The Study of International Law*, Garden City, Doubleday, New York, 1955, p. 50.

II Guerra Mundial el japonés Kotaro Tanaka⁶⁵. El Derecho transnacional se concreta en el conjunto de normas que rige las acciones o los acontecimientos que, como ha señalado Philip C. Jessup «trascienden las fronteras nacionales», lo que da lugar a que esas situaciones transnacionales, como dice Truyol y Serra, puedan implicar a individuos, corporaciones, Estados, organizaciones de Estados u otros grupos, y no solamente a los Estados⁶⁶. La «transnacionalidad» en el Derecho laboral no sería sino un acotado específico entre empresarios y trabajadores, que involucra hoy, naturalmente, a las cadenas de valor; una *lex mercatoria*, ese sistema jurídico que en la Europa del medioevo utilizaron los comerciantes en sus relaciones, formado por principios y reglas por ellos mismos establecidos, y que en el siglo XXI se ve como un Derecho comercial global, como conjunto de reglas, contratos e inversiones que, de alguna forma, protegen a las empresas multinacionales. No se puede olvidar aquí el caso del derrumbamiento, en mayo de 2013, de una fábrica en Bangladesh que causó la muerte a más de mil trabajadores, que elaboraban textiles para empresas extranjeras las cuales ni tienen que especificar si conocían o no las condiciones en que esos trabajadores realizaban su trabajo, es decir, si se respetaban, o no, los derechos humanos específicamente atinentes a los trabajadores, ni tienen responsabilidad civil ni penal alguna, cuando en realidad todas las empresas deberían estar sujetas a obligaciones extraterritoriales y, por tanto, responder conforme a la legislación del Estado en el que las empresas matrices se hallan. El caso citado pone de relieve que en el frontispicio de la relación jurídica laboral el respeto a los derechos humanos es algo indispensable e irrenunciable que debe ser objeto de permanente vigilancia por todos los Estados aunque esto, al filo de comenzar el segundo cuarto del siglo XXI, no se haya conseguido en muchos de ellos, y muy en particular en los llamados «subdesarrollados» o del «tercer mundo», donde se produce la fabricación de lo que después va a ser objeto de comercio en los países «desarrollados».

Esto dicho, fijémonos ahora en lo que literalmente afirma Philip C. Jessup: «... usaré en vez de “derecho internacional” la denominación de “derecho transnacional”, para referirme a la legislación que regula las acciones o acontecimientos que *trascienden más allá de las fronteras nacionales*, normas que comprenden tanto en los derechos internacionales tales patrones»⁶⁷. Esto lleva al iusinternacional-privatista a plantear la diferencia entre el «Derecho transnacional» y el «Derecho internacional privado». Detengámonos en algunos ejemplos cuyas cuestiones no dejan de ser una obviedad, pero en la que, creemos, no se repara debidamente casi nunca. El artículo 9. 1, párrafo primero, del Código Civil español, desde la gran reforma que sufrió su Título Preliminar en 1974, dice así: «La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». Esto significa que todas las normas atinentes al *estatuto personal* despliegan su eficacia constantemente sobre todo ciudadano español cualquiera que sea el lugar en el que éste se encuentre dentro o fuera del planeta (otro Estado, cápsula espacial, Estación Internacional...), resultando entonces que esas reglas le «siguen», como la sombra al cuerpo, y por lo tanto «trascienden»

65 Concretamente en la conferencia que el citado profesor, decano que fue de la Facultad de Derecho de la Universidad Imperial de Tokio y después juez del Tribunal Internacional de Justicia, pronunció sobre «La idea del Derecho Mundial» en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de México, el 27 de septiembre de 1939; *Vid.* texto en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 4, México, 1939, pp. 437-449.

66 TRUYOL Y SERRA, Antonio: *Historia del Derecho internacional público*, trad. esp. de la edición francesa, Tecnos, Madrid, 1998, p. 155.

67 JESSUP, Philip C.: *op. cit.*, p. 10.

de las fronteras españolas, y recíprocamente todas las normas de todas las legislaciones del mundo que componen ese estatuto personal siguen a sus respectivos nacionales cuando se encuentren en España, salvo que la ley nacional de un extranjero establezca su sometimiento a la ley del domicilio y, si lo tiene en España, entonces se produzca un reenvío de primer grado a favor de la ley española⁶⁸. Y como tales reglas no pertenecen más que al ámbito jurídico, es decir, son «derecho», en consecuencia, ya son «derecho transnacional» que se ve ampliado por un sector de reglas o normas «nuevas» creadas al modo de *lex mercatoria* usos que pueden llegar a convertirse en derecho consuetudinario y que viene a añadirse a la característica de esas determinadas normas estatales que, conforme a su propio ordenamiento, «viajan», por así decir gráficamente, al extranjero acompañando a sus respectivos nacionales. Otro ejemplo: los Estados legislan en el ámbito penal cuándo sus tribunales tienen jurisdicción internacional para conocer de delitos, comprendidos en sus códigos penales, que han sido cometidos en su territorio o en el extranjero, bien por sus propios nacionales o bien por extranjeros, siempre que se den las condiciones que la ley del Estado establezca, es decir, siguiendo los principios de *territorialidad*, *personalidad activa*, *personalidad pasiva*, *protección* y *universalidad*, únicos admitidos por el Derecho internacional, de modo que si un Estado estableciese su jurisdicción basado en otro principio que no sea uno de éstos estaría infringiendo claramente aquél. Pues bien, esas reglas de competencia judicial penal internacional ponen de relieve cómo, en muchos casos, el Derecho penal estatal «acompaña» al nacional en el extranjero, o incluso, se impone a un extranjero en el extranjero en ciertos casos como en los delitos que afectan a la «protección del Estado».

IV. Conclusión

De lo expuesto se deduce que los derechos humanos constituyen hoy normas de *ius cogens*⁶⁹ que *nada* ni *nadie* puede derogar, y además se trata de un conjunto de derechos que está en constante progresión sin que pueda admitirse retroceso alguno. Evidentemente

68 El artículo 12.2 del Código Civil no permite más que esta clase de reenvío, por tanto, si el extranjero está domiciliado en un tercer país el reenvío en segundo grado no será tenido en cuenta y el juez español aplicará directamente la ley nacional de dicho extranjero. Solamente en un caso se impone el reenvío de segundo grado: en el de la capacidad para obligarse por letra de cambio o pagaré a la orden, según el artículo 98, párrafo primero, de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, que dice así: «La capacidad de una persona para obligarse por letra de cambio o pagaré a la orden se determina por su Ley nacional. Si esta Ley declara competente la Ley de otro país, se aplicará esta última». Esta excepción al artículo 12. 2 del Código Civil no es consecuencia de ningún motivo especial o relevante, sino que aparece así porque al redactar este artículo 98, párrafo primero, de la citada ley 19/1985, el legislador tradujo del francés literalmente el artículo 2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra, de 7 de junio de 1930, destinada a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y de pagarés a la orden, sin reparar en que éste contravenía al citado artículo 12. 2 del Código Civil. El texto francés dice así: «La capacité d'une personne pour s'engager par lettre de change et billet à ordre est déterminée par sa loi nationale. Si cette loi nationale déclare compétente la loi d'un autre pays, cette dernière loi est appliquée».

69 Vid. DIAS, Leandro A.: *La tendencia hacia un rol fortalecido de las normas de ius cogens en el Derecho internacional: caminos, riesgos y utopías*, en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. GIOJA» (Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires), año VII, núm. 10, 2013, pp. 45-70.

esas normas podrán ser quebrantadas por Estados, autoridades y particulares, como sucede a diario con todos los Códigos penales del mundo, y en numerosísimas ocasiones con otras normas de Derecho internacional (piénsese en el uso de la fuerza por un Estado contra los principios de la Carta de las Naciones Unidas, violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949 reguladoras del Derecho internacional humanitario, etc.) pero la vigencia de las reglas de *ius cogens* mientras no sea modificada, en las condiciones que marca el artículo 53 de la Convención de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre el derecho de los tratados⁷⁰, es intocable. La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia así como de tribunales arbitrales han establecido la relación de las normas de *ius cogens* (todo tratado o acción que intente justificar el uso de la fuerza contra los principios de la Carta de las Naciones Unidas; la injerencia en los asuntos internos de otro Estado; la organización de la trata de esclavos; la piratería; el genocidio; o que atenten contra las reglas protectoras de la situación de los individuos, es decir, contra *cualquiera* de los derechos humanos). Precisamente en relación a éstos la Comisión de arbitraje de la Conferencia europea para la paz en Yugoslavia en sendos «avis», el 1 (de 29 de noviembre de 1991) y 9 el (de 4 de julio de 1992), afirmó que entre las normas *imperativas* de Derecho internacional general están los «*droits de la personne humaine*»⁷¹. Es por ello por lo que consideramos que la idea de la existencia de un grupo de normas que hoy constituyen el *ius cogens*, estaba ya, de alguna manera, latente en el pensamiento, primero de Ernst Zitelmann, más tarde de Kotaro Tanaka, para defender tempranamente un «Derecho mundial» puesto éste va más allá de las reglas que componen el Derecho internacional común y general habida cuenta, repetimos, de su inatacable *imperatividad*.

A la vista de lo expuesto resulta, pues, indiscutible la confirmación, ya señalada, de la indisoluble urdimbre entre derechos humanos y el sector del Derecho laboral en el que, como se ha visto, irrumpió con fuerza el Derecho internacional dentro del conjunto de reglas que componen el ordenamiento jurídico tanto interno como internacional.

En consecuencia, existe hoy una variedad de reglas jurídicas provenientes de diferentes fuentes, así el Derecho interno, el Derecho internacional, el Derecho transnacional y el Derecho mundial. En definitiva, un conjunto de reglas jurídicas todo él destinadas a regular ordenada y pacíficamente, en último término, la vida de los individuos. Un Derecho plural hecho por la mujer y el hombre para las mujeres y los hombres. Para la Humanidad.

Madrid, Octubre de 2023.

70 El citado precepto establece: «*Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens)*. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

71 Quoc DINH, Nguyen *et al.*: *op. cit.*, p. 204.

Responsible business conduct in conflict-affected areas: the notion of heightened human rights due diligence*

CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO: LA NOCIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA REFORZADA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Laura Íñigo Álvarez

NOVA School of Law / CEDIS /

NOVA Centre on Business Human Rights and the Environment

laura.inigo@novalaw.unl.pt

Abstract: Business' activities and operations could be associated with armed conflict and the parties to the conflict in different ways, and consequently, enterprises would need to avoid contributing to negative impacts in those areas. This article aims to examine the business and human rights frameworks applicable in situations of armed conflicts with a particular focus on the UNGPs and the recent guidelines provided by the UN Working Group on Business and Human Rights, UNDP and OHCHR. The article addresses the importance of the notion of heightened human rights due diligence in those scenarios, where and when should be implemented, as well as how to assess the decision to disengage and its consequences.

Resumen: Las actividades y operaciones empresariales podrían estar asociadas con los conflictos armados y con las partes en conflicto de diferentes formas y, en consecuencia, las empresas deberían evitar contribuir a impactos negativos en esas áreas. Este artículo tiene como objetivo examinar los marcos de empresas y derechos humanos aplicables en situaciones de conflicto armados con especial atención a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos y las recientes directrices proporcionadas por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, el PNUD y la ACNUDH. El artículo aborda la importancia de la noción de diligencia debida reforzada en materia de derechos humanos en esos escenarios, dónde y cuándo debe implementarse, así como la decisión de retirarse y sus consecuencias.

* This paper has been prepared in the framework of the Postdoctoral Research Project UIDP/00714/2020, funded by the Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT) in Portugal, and the research project «Acceso a la justicia en el contexto de abusos corporativos: la litigación como estrategia de resistencia y de empoderamiento a las víctimas (ACCJUSTEDH)» (ref: ICI023/23/000001), funded by the International Catalan Institute for Peace (ICIP). A previous version of this paper was presented at the Socio-Legal Studies Association Annual Conference that took place on 4-6 April 2023 at Ulster University's Magee campus in the city of Derry-Londonderry (Northern Ireland).

Keywords: Business, human rights, armed conflicts, due diligence, disengagement, international crimes, Russia.

Palabras clave: Empresas, derechos humanos, conflictos armados, debida diligencia, retirada, crímenes internacionales, Rusia.

I. Introduction

Situations of violence and armed conflict generally lead to severe human rights violations committed by different actors. In such scenarios, business should understand their responsibilities and the possible impacts of their actions and operations. In fact, as indicated by the UN Working Group on Business and Human Rights, «businesses are not neutral actors; their presence is not without impact. Even if business does not take a side in the conflict, the impact of their operations will necessarily influence conflict dynamics»¹. In particular, business' activities and operations could be associated with armed conflict and the parties to the conflict in different ways, whether directly or indirectly. For instance, they could be involved directly by providing financial, logistical, military, or any other type of support to the parties to the conflict; or indirectly, influencing the conflict dynamics or actors involved, even without the intention of assisting the belligerent parties².

In this regard, there are companies that could be at high risk of contributing to or exacerbating conflict and negatively impacting human rights in conflict-affected areas. These examples could include companies importing minerals from conflict-affected regions in the Democratic Republic of Congo (DRC), or companies supplying materials for the construction of houses in the illegal settlements in the Occupied Palestinian Territories. The recent Lafarge case is one of the latest examples of a company being involved in human rights abuses in a conflict situation, where the French cement company that maintained its business activities in Syria during the civil war is currently charged with complicity in crimes against humanity in France³. The company is accused of making arrangements with the Islamic State and other armed groups, in particular, buying raw material from jihadist groups and negotiate safe passage for its workers and products, in order to keep its cement factory functioning between 2012 and 2014 in northeastern Syria⁴. Likewise, another case subject of recent scrutiny is the

1 UN General Assembly, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises «Business, human rights and conflict-affected regions: towards heightened action», 21 July 2020, A/75/212, p. 10, para. 43 at <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/a75212-report-business-human-right-and-conflict-affected-regions-towards>

2 Australian Red Cross and RMIT, *Doing responsible business in armed conflict: risks, rights and responsibilities*, 2020 at <https://www.redcross.org.au/globalassets/cms-assets/documents/ihl-no-ihl/doing-responsible-business-in-armed-conflict-final-publication-web.pdf>

3 ÍÑIGO ÁLVAREZ, L. «Un paso adelante en la lucha contra la impunidad corporativa: desarrollos del caso Lafarge», *Agenda Estado de Derecho*, February 2023 at <https://agendaestadodederecho.com/desarrollos-del-caso-lafarge/>

4 ECCHR, «Charges confirmed against Lafarge for complicity in crimes against humanity in Syria», 18 May 2022 at <https://www.ecchr.eu/en/press-release/charges-confirmed-against-lafarge-for-complicity-in-crimes-against-humanity-in-syria/>

case of the former CEO and chairman of the oil company Lundin standing trial for complicity in war crimes during the civil war in Sudan⁵. These examples show some of the most serious cases and the risks of business involvement in conflict-affected areas.

Consequently, there are important factors that need to be taken into consideration when doing business in regions affected by armed conflicts. One of the key measures recommended by the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) in its second pillar, relies on the implementation of human rights due diligence processes (HRDD) in order to help businesses identify, prevent and mitigate the human rights-related risks of their activities and their business relationships. This consists of an ongoing process that businesses are expected to implement in order to respond to real or potential adverse human rights and environmental impacts from their activities. In this sense, when companies operate in conflict-affected areas, human rights due diligence processes should be *heightened* based on the idea that «the higher the risk, the more complex the processes»⁶. In other words, companies need to conduct heightened HRDD because of the risk of contributing to human rights abuses together with the risk of exacerbating conflict-drivers and influencing conflict dynamics⁷. In this scenario, business might also weigh the decision to suspend or terminate their activities and operations in such regions and, in such case, will need to evaluate how to do it in a responsible way.

Against this background, this article aims to examine the relevant business and human rights frameworks applicable in situations of armed conflicts with a particular focus on the UNGPs and the recent guidelines provided by the UN Working Group on Business and Human Rights, UNDP and the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). The article addresses the importance of the notion of heightened human rights due diligence in those scenarios, as well as where and when should be implemented. It continues with the analysis of the risks and responsibilities companies might face in those areas and regions, including their possible contribution to the commission of international crimes. Then, the article focuses on the decision about terminating the business relationship and the factors that companies would need to balance. Finally, the article concludes with an assessment of the Russian-Ukrainian conflict and the reaction of businesses in such situation and some final remarks about the steps that companies should follow in conflict-affected areas in order to avoid negatively impacting human rights.

II. International legal framework applicable to business in conflict affected-areas

When business operate in a conflict-affected area, there are a number of international and regional instruments that should be taken into consideration. Starting with the UN

5 See «Sweden Charges Lundin Energy Executives with Complicity in Sudan War Crimes», *Reuters*, 11 November 2011 at <https://www.reuters.com/world/africa/sweden-charges-lundin-energy-executives-complicity-sudan-war-crimes-2021-11-11/>

6 Report UN Working Group on Business and Human Rights, 2020, *supra note 2*, p. 14, para. 13.

7 See United Nations Development Programme, *Heightened Human Rights Due Diligence for business in conflict-affected contexts; A Guide*. New York, United States of America, 2022.

Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), unanimously endorsed by the Human Rights Council in 2011, they are the authoritative global framework for business and human rights that rest on the 3 pillars: the state duty to protect human rights, the corporate responsibility to respect human rights, and the access to remedy⁸. In relation to situations of conflict and high-risk, the UNGPs indicate that «because the risk of gross human rights abuses is heightened in conflict-affected areas, States should help ensure that business enterprises operating in those contexts are not involved with such abuses»⁹. The commentary to the UNGPs further explains that more and more businesses are requesting practical «guidance about how to avoid contributing to human rights harm in these difficult contexts»¹⁰. In particular, the UNGPs pay special attention to the implementation of International Humanitarian Law indicating in the commentary to Principle 12 that «in situations of armed conflict enterprises should respect the standards of international humanitarian law»¹¹.

Following up with additional instruments, it is key to highlight the OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, updated in June 2023, that also consider the situation of enterprises operating in difficult environments, including armed conflicts¹². The current version of the Guidelines specifically refer to the need to respect IHL standards by enterprises and to conduct *enhanced due diligence* in relation to adverse impacts, including violations of international humanitarian law¹³. Moreover, the OECD has produced a guidance to facilitate conflict-sensitive conduct for companies sourcing minerals or metals from conflict-affected and high-risk areas, known as the Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas (2016)¹⁴. This Guidance aims to assist companies in implementing their corporate responsibility to respect human rights in the choice of their suppliers to avoid contributing to conflict through their sourcing decisions.

As mentioned above, there is a key branch of law which is especially relevant in conflict scenarios that is International Humanitarian Law (IHL). IHL establishes rules to limit the effects of armed conflict by protecting civilians and civilian objects, and to restrict the means and methods of warfare. The emergence of an armed conflict triggers the application of IHL and introduces additional rules that relevant stakeholders, including corporations, need to be aware of. In particular, IHL is binding on anyone whose activities are closely linked to an armed conflict. This means that «IHL binds both state and non-state actors, including corporate personnel and executives, whose activities are closely linked to an armed conflict»¹⁵. Among

8 OHCHR, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework (UNGPs) 2011*, Principle 7, at https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

9 UNGP 7.

10 Commentary to UNGP 7.

11 Commentary to UNGP 12.

12 OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct*, OECD Publishing, Paris, 2023, <https://doi.org/10.1787/81f92357-en>.

13 Commentary para. 45 of the Chapter of Human Rights, OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, 2023.

14 OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas: Third Edition*, OECD Publishing, Paris, 2016, at <https://www.oecd.org/corporate/mne/mining.htm>

15 KOLIEB, J. «Don't forget the Geneva Conventions: achieving responsible business conduct in

the relevant provisions that business might need to be aware of are those related to the core principles of IHL (principles of distinction, proportionality, prohibition of unnecessary suffering, etc.), workforce conditions, manufacture and trade of weapons, pillaging of assets and property, forced displacement, and the protection of the environment in armed conflicts, among others¹⁶.

In relation to companies providing security services, there are a number of sectoral standards and guidelines that should be considered, such as the Voluntary Principles on Security and Human Rights¹⁷ and the International Code of Conduct for Private Security Service Providers (ICoC)¹⁸. These guidelines offer recommendations as to how to conduct an assessment of human rights risks associated with security services and better align their policies and practices with human rights and international humanitarian law standards. Nevertheless, one of the negative sides is that these are voluntary instruments which lack the necessary enforcement mechanisms.

Another relevant framework which is worth mentioning is the UN Sustainable Development Goals (SDGs), whose action programme is particularly relevant for business enterprises. Goal 16 about *Peace, Justice and Strong Institutions* encourages all stakeholders, including corporations, to «work together to implement lasting solutions to reduce violence, deliver justice, combat corruption and ensure inclusive participation at all times»¹⁹. Besides, Goal 17 entitled *Strengthen the means of implementation and revitalize the Global Partnership for Sustainable Development* focuses on recognising multi-stakeholder partnerships, including public-private partnerships, as important vehicles for mobilizing and sharing knowledge, expertise, technologies and financial resources to support the achievement of the SDGs in all countries²⁰.

Finally, at the EU level, there are a number of relevant instruments on business and human rights that highlight additional responsibilities for businesses operating in conflict situations. In this sense, the EU Conflict Mineral Regulation (Regulation 2017/821) establishes the supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas²¹. And more recently, the Draft

conflict-affected areas through adherence to international humanitarian law», *Australian Journal of Human Rights*, vol. 26, No. 1, 2020, p. 148.

16 Australian Red Cross and RMIT, *Doing responsible business in armed conflict: risks, rights and responsibilities*, 2020, pp. 15-23.

17 The Voluntary Principles on Security and Human Rights were established in 2000 as a multi-stakeholder initiative involving States, companies and civil society organisations. The principles are available at <https://www.voluntaryprinciples.org/wp-content/uploads/2021/11/Voluntary-Principles-on-Security-and-Human-Rights-english-2.pdf>

18 International Code of Conduct for Private Security Service Providers, as amended 10 December 2021, at https://icoca.ch/wp-content/uploads/2022/01/INTERNATIONAL-CODE-OF-CONDUCT_Amended_2021.pdf

19 United Nations, *Peace, Justice and Strong Institutions: Why the Matter*, at https://www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2019/07/16_Why-It-Matters-2020.pdf

20 United Nations, *Multi-stakeholder partnerships* at <https://sdgs.un.org/topics/multi-stakeholder-partnerships>

21 Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas.

Directive on Corporate Sustainability Due Diligence whose provisional deal adopted by the Council and the European Parliament in December 2023 contains references to the notion of heightened and conflict-sensitive due diligence, although the text still needs to be endorsed and formally adopted by both institutions²². It is precisely this notion of heightened human rights due diligence that will be addressed in the following section.

III. The notion of heightened human rights due diligence

One of the key measures that businesses need to undertake in order to comply with the second pillar of the UNGPs, their corporate responsibility to respect human rights, relies on the implementation of human rights due diligence processes in order to help businesses «identify, prevent and mitigate the human rights-related risks of their activities and business relationships»²³. Nevertheless, the UNGPs did not adopt a specific type of human rights due diligence for conflict situations, being the latter based on the severity of the human rights risks, the size of the enterprise and the nature and contexts of their operations. This means that in conflict situations, human rights due diligence needs to be operationalised through a conflict-sensitive approach, something that was already emphasized by the UN Working Group on Business and Human Rights in its 2020 report on *Business, human rights and regions affected by conflicts: towards heightened action*²⁴. This would be in line with the idea that «the higher the risk, the more complex the process»²⁵. However, the UNGPs did not offer much detail about how to implement an enhanced or heightened version of human rights due diligence.

After the Russian invasion of Ukraine in February 2022, a number of guides and recommendations have been produced in order to better understand the importance of conducting heightened human rights due diligence in conflict scenarios and other situations of high risk. In particular, UNDP together with the UN Working Group on Business and Human Rights published in June 2022 a guidance (UNDP Guide onwards) that aims to «provide the business community, governments, civil society, and other stakeholders with a better understanding of the practical measures that should be taken to ensure responsible engagement from business in conflict-affected areas»²⁶. In August 2023, the UN Office of the

22 See Press release of 14 December 2023, «Corporate sustainability due diligence: Council and Parliament strike deal to protect environment and human rights» at <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/14/corporate-sustainability-due-diligence-council-and-parliament-strike-deal-to-protect-environment-and-human-rights/?s=08>. See also Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 1 June 2023, p. 34 at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0184_EN.html

23 UNGP 7 (a).

24 Report of the UN Working Group on Business and Human Rights, 2020, *supra* note 2.

25 *Ibid.*, p. 4, para. 13.

26 United Nations Development Programme, Heightened Human Rights Due Diligence for business in conflict-affected contexts; A Guide. New York, United States of America, 2022 (UNDP Guide onwards).

High Commissioner for Human Rights published a legal brief entitled *Business and Human Rights in Challenging Contexts Considerations for Remaining and Exiting* that addresses the question of businesses operating in fragile contexts, including conflict situations, and the remaining and existing business responsibilities²⁷. Therefore, we see a current interest in responsible business conduct in conflict situations gaining particular attention since the Russian invasion of Ukraine. Nevertheless, the actual and potential negative impact of doing business in conflict-affected situations and high-risk areas is not new, as can be perceived from the analysis of previous scenarios in Colombia, DRC, Syria or Myanmar, just to mention some examples²⁸.

The main idea that can be derived from these recent documents is the need to integrate a conflict-sensitive analysis within HRDD processes. In particular, UNDP and the UN Working Group on Business and Human Rights summarised the three key elements that business should integrate in order to better implement their heightened HRDD: «a) understand the conflict; b) identify their impact on the conflict; and c) act upon those findings by identifying business responsibility»²⁹. Firstly, understanding the conflict requires examining the profile of the conflict, its main parties and other relevant actors involved, as well as causes and consequences of the conflict. In particular, this means analysing the contextual factors, such as the characteristics of the region, historical or perceived grievances and root causes of the conflict, as well as identifying the main parties to the conflict and affected stakeholders³⁰. One important aspect would be to monitor social media to identify the positions of the parties to the conflict and their narratives³¹. Moreover, this first element would also require that business staff operating in the region should be trained and «equipped with a proper understanding of conflict dynamics»³².

Secondly, identifying the adverse impacts on the conflict would require assessing and anticipating the ways in which businesses operations, products or services might impact the relationship between the parties or might potentially increase the existing tensions in the region³³. As explained by the UNDP Guide, having an «actor mapping» would be key to understand the power dynamics of the conflict³⁴. Thirdly, business might need to act upon the findings by identifying their responsibility for actual or potential negative impacts on human rights and the conflict. This would require taking all the appropriate measures to cease, prevent, and remedy those actual or potential negative impacts, and when necessary the enterprise might «exercise its leverage to mitigate any remaining impact to the greatest extent

27 OHCHR, *Business and Human Rights in Challenging Contexts Considerations for Remaining and Exiting*, August 2023 at <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/business/bhr-in-challenging-contexts.pdf>

28 AGUIRRE, D., PIETROPAOLI, I. «Heightened Human Rights Due Diligence in Practice: Prohibiting or Facilitating Investment in Conflict Affected Areas?» *Journal of Human Rights Practice*, XX, 2023, pp. 1-18.

29 UNDP Guide, p. 23.

30 Report of the UN Working Group on Business and Human Rights, 2020, *supra* note 2, p. 10, paras. 46-47.

31 UNDP Guide, p. 25.

32 Report of the UN Working Group on Business and Human Rights, 2020, *supra* note 2, p. 11, para. 49.

33 *Ibid.*, p. 11, para. 48.

34 UNDP Guide, p. 26.

possible»³⁵. Additionally, throughout these three phases it would be essential to incorporate «consultation and engagement with external stakeholders - national and local experts, and local communities»³⁶. As informed by the relevant practice, a strong and broad stakeholder engagement would benefit the relationship with local actors.

Once we know what heightened HRDD entails, there are two remaining questions that should be posed: where and when business enterprises need to carry out heightened HRDD. The answer to these questions would be addressed in the following sections.

Where to carry out heightened human rights due diligence

As a first observation, the UNGPs do not use the term armed conflict, but instead they mention «conflict-affected territory» or «conflict-affected area» which seems to be broader and encompasses pre-conflict scenarios, as well transitional justice contexts. The UNDP Guide goes further and clarifies that «contexts affected by armed conflicts and other situations of widespread violence» include conventional armed conflict; military occupation; mass atrocities; widespread violence³⁷. Similarly, if we look at the EU Conflict Mineral Regulation (Regulation 2017/821), its list of definitions also mentions that «“conflict-affected and high-risk areas” means areas in a state of armed conflict or fragile post-conflict, as well as areas witnessing weak or non-existent governance and security, such as failed states, and widespread and systematic violations of international law, including human rights abuses»³⁸. In fact, this EU regulation even provides an indicative, non-exhaustive, and regularly updated list of conflict-affected and high-risk areas (CAHRAs)³⁹.

However, there are also broader notions such as the one referred by the legal brief of the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) as «challenging contexts» in human rights terms⁴⁰. In this case, the OHCHR brief refers to wider contexts that include among others, when the human rights situation is particularly grave due to conflict, political turmoil and/or systematic violations of rights; where national laws or regulations require actions that would be inconsistent with internationally recognized human rights standards; and where national laws or regulations offer a level of human rights protection that falls short of internationally recognized human rights standards⁴¹. The first scenario can be assimilated to the situations addressed in the previous paragraphs, mostly conflict and high-risk. The second scenario refers to cases where enterprises are operating in a country whose domestic legislation requires them to act in a way that is inconsistent or incompatible with internationally

35 UNDP Guide, pp. 26-27.

36 PIETROPAOLI, I. «Part 1: Do foreign companies have a responsibility under international law to leave Russia?», *British Institute of International and Comparative Law*, 14 March 2022, at <https://www.biicl.org/blog/33/part-1-do-foreign-companies-have-a-responsibility-under-international-law-to-leave-russia>

37 UNDP Guide, p. 53.

38 Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas, Article 2(f).

39 See map at <https://www.cahraslist.net>

40 OHCHR, *Business and Human Rights in Challenging Contexts Considerations for Remaining and Exiting*, August 2023.

41 *Ibid.*, pp. 4-7.

recognised human rights standards and instruments (for instance, the employment legislation mandates discrimination on the basis of sex, gender, or sexual orientation)⁴². The third scenario refers to situations where the country suffers from «deficiencies in legal regimes, lack of clarity in legal standards or poor enforcement of laws» which might be followed «by structural problems relating to corruption, poverty, a lack of government resources or a lack of respect for the rule of law»⁴³. This situation might resemble the cases of failed states with weak or non-existent governmental functions.

In conclusion, the definition of conflict-affected areas goes beyond the strict definition of armed conflict under IHL, encompassing scenarios of high-risk and tensions before the emergence of an armed conflict and post-conflict situations. Moreover, other situations of tensions and grave and systematic violations of human rights can be considered in order to apply heightened human rights due diligence.

When to carry out heightened human rights due diligence

The other question that emerges is: when should companies conduct heightened human rights due diligence? As mentioned in the introduction, human rights due diligence processes should be undertaken on an ongoing and regular basis, independently of the existence of high risk or tensions. However, in the case of conflict-affected areas the UNDP Guide emphasises that human rights due diligence «is not a “one-and-done” exercise» and heightened human rights due diligence would need to be considered at least in two particular moments: before the enterprise engages in new activities, operations and relationships; and when there are significant changes in the operating environment, for instance, cases of rising social and/or political tensions; derogations or emergency measures taken by the respective government in the region, application of international sanctions, etc⁴⁴.

If we take the example of the Ukrainian conflict, companies only started reacting after the full-scale invasion of the 24th February 2022 and after the imposition of sanctions at the international and regional level. However, as indicated by ECCJ, the concentration of hundreds of thousand Russian troops alongside with tanks and weapons on the border with Ukraine in early December 2021 was a clear security risk, which should have been considered by all companies operating in Ukraine and Russia⁴⁵. Even before, the Russian annexation of Crimea in 2014 was already a sign of increasing tensions in the region.

IV. Risks and responsibilities for companies involved in conflict-affected areas

As it has been mentioned before, companies and their directors should consider whether their activities and operations might contribute to human rights abuses and international

42 *Ibid.*, p. 5.

43 *Ibid.*, p. 6.

44 UNDP Guide, p. 20.

45 ECCJ & Frank Bold, *From rushed reactions to proper preparedness. Corporate due diligence in times of armed conflict*, Brussels, June 2022, p. 10.

crimes. For instance, companies investing in or establishing business relationships with a party to the conflict face the risk of aiding, abetting, or assisting in the commission of international crimes as argued by several authors⁴⁶. In view of this, business could be accused of complicity in the commission of international crimes, including genocide, crimes against humanity or war crimes.

At the international level, although the International Criminal Court does not have jurisdiction to prosecute legal persons and other entities, as established in Article 25 of the Rome Statute⁴⁷, it could potentially try corporate personnel, particularly company directors. At the regional level, the international criminal section of the African Court of Justice and Human and Peoples Rights envisages the possibility of hearing cases against corporations under article 46C of the African Criminal Court's statute annexed to the Malabo Protocol entitled «Corporate Criminal Liability» which represents an interesting development in the field⁴⁸. However, the Protocol is not yet in force.

At the national level, domestic courts could try persons involved in international crimes through civil and/or criminal proceedings. For instance, in 2007 the Court of Appeal of the Hague found Dutch businessman Frans van Anraat guilty of repeated complicity in the participation of violations of the laws and customs of war, sentencing him to 17 years' imprisonment⁴⁹. In 2009, the Supreme Court of the Netherlands upheld his conviction for complicity in war crimes, although the Court reduced his sentence. The case relates to the supply of chemical precursors to the Saddam Hussein regime in Iraq that were used to manufacture mustard gas⁵⁰. More recently, a number of civil and criminal proceedings have been brought against companies and their directors for their potential involvement in international crimes, like the Lafarge case in France or the Lundin case in Sweden⁵¹. In a separate proceeding in the United States, Lafarge plead guilty to conspiring to provide material support to a designated foreign terrorist organization⁵².

46 See KYRIAKAKIS, J. «Developments in international criminal law and the case of business involvement in international crimes», *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, Number 887, 2012, pp. 981-1005; AMBOS, K. «Corporate Complicity in International Crimes through Arms Supplies despite National Authorisations?» in *International Criminal Law Review* 2022, pp. 1-5.

47 Rome Statute of the International Criminal Court, done in Rome on 17 July 1998, in force on 1 July 2002, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544.

48 KYRIAKAKIS, J. «Article 46C: Corporate Criminal Liability at the African Criminal Court» in *African Court of Justice and Human and People's Rights in Context*, edited by Jalloh, C., Clarke, K., Nmeihelle, V. (2017) at <https://ssrn.com/abstract=2970864>

49 *Public Prosecutor v. Frans van Anraat* (2007) ECLI:NL:GHSGR:2007:BA4676 (Court of Appeal of the Hague, the Netherlands). See the procedural history of the case at <https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/178/Van-Anraat/#:~:text=On%209%20May%202007%2C%20the%20Court%20of%20Appeals,war%2C%20and%20sentenced%20him%20to%2017%20years%27%20imprisonment.>

50 KOLIEB, J., *supra note* 16, p. 151.

51 See RIELLO, V and FUTWENGLER, L. «Corporate Criminal Liability for International Crimes: France and Sweden Are Poised to Take Historic Steps Forward», *Just Security*, 6 September 2021 at <https://www.justsecurity.org/78097/corporate-criminal-liability-for-human-rights-violations-france-and-sweden-are-poised-to-take-historic-steps-forward/>

52 US Department of Justice, Office of Public Affairs, «Lafarge Pleads Guilty to Conspiring to Provide Material Support to Foreign Terrorist Organizations», Washington, 18 October 2022, at <https://>

Likewise, similar allegations could be raised in the current war in Ukraine after the Russian invasion and the potential involvement of foreign and domestic companies in human rights violations⁵³. For instance, in March 2023 two NGOs filed a lawsuit against a multinational in France for alleged complicity in Russia's war crimes in Ukraine⁵⁴. Moreover, investors and banks that facilitate war crimes and other international crimes through the provision of their financial services may also be exposed to legal charges⁵⁵.

V. Deciding about staying or leaving: planning a responsible exit

In those challenging contexts, business might take the decision to suspend or terminate its business relationships or existing certain regions linked to a conflict situation. There are several reasons why enterprise might decide to disengage, including the impossibility to physically continue operating in the field, the direct or indirect effects of economic sanctions posed to the particular country where it operates, or legal, ethical or reputational considerations and risks. In such scenarios, «the consequences of leaving must be identified, and negative impacts prevented or mitigated»⁵⁶. Consequently, in order to weigh the decision about staying or leaving, a number of factors would need to be taken into consideration. In this regard, it is key to understand what the UNGPs stipulate about ending a business relationship, in particular, about the question of disengagement and what elements are essential in order to take such decision.

According to the UNGPs, there are four factors which should be considered by companies operating in a conflict-affected area: a) the use of leverage when possible; b) the cruciality of the business relationship; c) the severity of the potential or real abuse; and d) the possible adverse human rights impacts derived from the decision of existing.

www.justice.gov/opa/pr/lafarge-pleads-guilty-conspiring-provide-material-support-foreign-terrorist-organizations

- 53 Business and Human Rights Resource Centre, «Ukraine: Global outrage over Russian invasion leads to sanctions, demands for business to divest», 7 March 2022 at <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/ukraine-global-outrage-over-russian-invasion-leads-to-sanctions-demands-for-businesses-to-divest/>; BRYK, L. and SLUITER, G. «Why Corporations Should Cease Business Activities with Russia» *EJIL:Talk!*, 22 March 2022 at <https://www.ejiltalk.org/why-corporations-should-cease-business-activities-with-russia/>
- 54 Business and Human Rights Resource Centre, «France: Two NGOs file new lawsuit against TotalEnergies for alleged complicity in Russia's war crimes in Ukraine», 30 March 2023 at <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/france-two-ngos-file-new-complaint-to-court-against-totalenergies-which-they-accuse-of-complicity-in-russian-war-crimes-in-ukraine/>
- 55 KOLIEB, J., *supra* note 16, p. 153.
- 56 See AGUIRRE, D. and PIETROPAOLI, I. «Part 2: Responsible Exit from Russia: Business and Human Rights in a Global Governance Gap», *British Institute of International and Comparative Law*, 22 March 2022, at <https://www.biicl.org/blog/36/part-2-responsible-exit-from-russia-business-and-human-rights-in-a-global-governance-gap>

The use of leverage

Leverage means the «ability of a business enterprise to effect change in the wrongful practices of another party that is causing or contributing to an adverse human rights impact»⁵⁷. Consequently, the ability of the company to take appropriate action will depend partially on the «extent of its leverage in addressing the adverse impact»⁵⁸.

The UNGPs establish that before considering ending a business relationship, the enterprise should try to look for solutions by addressing those adverse impacts through the exercise of its leverage. Nevertheless, as stated by Principle 19, «there are situations in which the enterprise lacks the leverage to prevent or mitigate adverse impacts and is unable to increase its leverage. Here, the enterprise should consider ending the relationship, taking into account credible assessments of potential adverse human rights impacts of doing so»⁵⁹.

The cruciality of the business relationship

When the enterprise cannot exercise leverage to prevent or mitigate the negative impact, it might consider the decision to terminate the business relationship. However, it should reflect about the cruciality of the business relationship, meaning that if the relationship is deemed «crucial» to the enterprise, ending it would entail a number of additional challenges. According to the abovementioned Principle 19, «a relationship could be deemed as crucial if it provides a product or service that is essential to the enterprise's business, and for which no reasonable alternative source exists»⁶⁰. Beyond this broad definition, the UNGPs do not provide any other objective criteria for determining when a business relationship might be seen as crucial. In any case, if the enterprise decides to keep the business relationship, it might nevertheless «be transparent with stakeholders and the public at large about the decision-making process used to arrive at that determination and the criteria used, which should be objectively reasonable»⁶¹.

The severity of the abuse

In addition to the cruciality of the business relationship, another key factor to be assessed is the severity of the abuse in the sense that «the more severe the abuse, the more quickly the enterprise will need to see change before it takes a decision on whether it should end the relationship»⁶². If the abuse relates to potential engagement in torture, grave breaches of the Geneva Conventions, war crimes, crimes against humanity, genocide, or any other serious violations of human rights and international humanitarian law, enterprises need to make sure there are able to exercise their leverage and they need to do it quickly. The longer the company stays in that business relationship, the more likely they are to be sliding on the continuum

57 OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights. An Interpretive Guide*, New York and Geneva, 2012, p. 7.

58 Commentary UNGP 19.

59 *Ibidem*.

60 *Ibidem*.

61 OHCHR, *Business and Human Rights in Challenging Contexts Considerations for Remaining and Exiting*, August 2023, p. 11.

62 Commentary to UNGP 19.

from being directly linked to actually contributing to human rights abuses. Therefore, as stated by Principle 19, «for as long as the abuse continues and the enterprise remains in the relationship, it should be able to demonstrate its own ongoing efforts to mitigate the impact and be prepared to accept any consequences – reputational, financial or legal – of the continuing connection»⁶³.

Adverse human rights impacts derived from the decision of terminating

Another decisive factor is whether terminating the business relationship could lead to adverse human rights consequences. A particularly difficult situation emerges in relation to companies that provide essential services including water, electricity, food, healthcare, telecommunications, or similar services⁶⁴. In such case, the company will need to evaluate who will be then in charge of providing such services and what consequences could be derived if essential services are suspended or are no longer provided to local communities⁶⁵. For instance, if the company is supplying food to a conflict-affected community, they can justify staying longer in the area because leaving would involve adverse human rights impacts to the community.

If the enterprise decides to terminate the business relationship, it would have to do it in a responsible way mitigating and addressing the potential negative impacts derived from its exiting decision. Leaving responsibly also means finding buyers that would operate in a responsible way in such conflict-affected area and would commit to respect human rights. This is why the UNDP guide recommends that «when transferring ownership, the company need to assess the human rights capacities of the buyer and requests, including through contractual terms, that the buyer put specific human rights-related policies and procedures in place to enable them to operate responsibly in a conflict-affected context»⁶⁶.

One of the cases at point regarding the potential irresponsible disengagement is the complaint filed against Telenor at the Norwegian National Contact Point (NCP) under the OECD Guidelines which deals with Telenor's disengagement from Myanmar and the sale of its Myanmar business to the Lebanese company M1 Group⁶⁷. The complaint was filed by the Center for Research on Multinational Corporations (SOMO) on behalf of 474 civil society organisations in Myanmar in July 2021 and alleges the lack of risk-based due diligence, stakeholder dialogue and disclosure in the company's disengagement from Myanmar related

63 Commentary to UNGP, 19.

64 ÍÑIGO ÁLVAREZ, L. Legal Brief «Companies operating in conflict-affected areas: legal frameworks, risks and obligations» prepared by the NOVA BHRE in April 2022 with the support of the Portuguese Chamber of Commerce and Industry, p. 5 available at <https://novabhre.novalaw.unl.pt/wp-content/uploads/2022/07/Practical-Brief-NOVA-companies-in-conflict-areas.pdf>

65 *Ibid.*, p. 5.

66 UNDP Guide, p. 36.

67 OECD Watch, *SOMO representing 474 Myanmar CSOs vs. Telenor ASA*, July 2021 at <https://www.oecdwatch.org/complaint/somo-representing-474-myanmar-csos-vs-telenor-asa/>. See also AGUIRRE, D., PIETROPAOLI, I. «Heightened Human Rights Due Diligence in Practice: Prohibiting or Facilitating Investment in Conflict Affected Areas?» *Journal of Human Rights Practice*, XX, 2023, pp. 12-14.

to its decision to sell 100 per cent of Telenor Myanmar to M1 Group⁶⁸. According to the submission, «the owners of M1 Group have a history of business in authoritarian countries and face unresolved allegations of corruption and terrorist financing»⁶⁹. In fact, M1 Group was named in a 2019 report from the UN Independent Fact-Finding Mission on Myanmar where it was recommended that «no business enterprise active in Myanmar or trading with or investing in businesses in Myanmar should enter into a business relationship of any kind with the security forces of Myanmar, in particular the Tatmadaw, or any enterprise owned or controlled by them, including subsidiaries, or their individual members»⁷⁰. The initial assessment of the complaint was issued on 27 September 2021 and the case is still pending.

Consequently, taking all these factors in mind, it is key for companies to «anticipate and plan a clear exit strategy in advance»⁷¹. As argued by the UN Working Group on Business and Human Rights, this plan should include measures to identify the impacts of disengagement for relevant stakeholders, including workers, suppliers, providers, local communities and vulnerable groups, as well as develop mitigation strategies⁷². Importantly, this exist strategy needs to be planned in advance, as part of the heightened human-rights due diligence process of the concerned business and not after the escalation of the conflict or the violent crisis⁷³. Moreover, the exit strategy should be formulated in consultation with stakeholders, such as employees and other affected groups and communities⁷⁴.

VI. Lessons from the Russian-Ukrainian conflict

Since the 24th February 2022 several global corporations from different industries announced disengagement from Russia, while others halted new projects and investments. The majority of those are based in Western countries, including the US, Canada, UK, and EU countries, and also Japan⁷⁵. These exits could be seen «as unprecedented in the recent global industry» since this is not what happened with wars in Syria, Yemen or the coup in Myanmar, where business actions were more limited.⁷⁶

68 See initial assessment at <https://mneguidelines.oecd.org/database/instances/no0019.htm>

69 *Ibid.*, p. 2.

70 Human Rights Council, «The economic interests of the Myanmar military: Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar», A/HRC/42/CRP, 5 August 2019, p. 100.

71 Report of the UN Working Group on Business and Human Rights, 2020, *supra note 2*, p. 14, para. 65.

72 *Ibid.*

73 AGUIRRE, D. and PIETROPAOLI, I. «Part 2: Responsible Exit from Russia: Business and Human Rights in a Global Governance Gap», *British Institute of International and Comparative Law*, 22 March 2022.

74 UNDP Guide, pp. 35-36.

75 See «Some of the Biggest Brands Are Leaving Russia. Others Just Can't Quit Putin. Here's a List», *The New York Times*, 7 April 2022 at <https://www.nytimes.com/interactive/2022/04/07/opinion/companies-ukraine-boycott.html>

76 LETNAR ČERNIČ, J. «Russia, disinvestment, business and human rights», *Cambridge Core Blog*, 9 March 2022, at <https://www.cambridge.org/core/blog/2022/03/09/russia-disinvestment-business-and-human-rights/>

There are several reasons that can explain these reactions. First of all, this has been motivated by the rapid action by European and North American governments by denouncing the Russian's aggression and applying painful economic sanctions on the country⁷⁷. The scale of Western sanctions created «conditions of legal and financial hostility», which has been one of the first factors for companies to react, either because they were directly or indirectly affected by the sanctions⁷⁸. At the same time, additional pressure has also arisen by considerations of responsible business conduct or also called responsible ESG investment, by consumer pressure and the power of media and social media, which also had an effect on companies and investors in the sense of «making ethics considerations more central to their business decisions»⁷⁹. Moreover, the regulatory environment in Russia has been more unstable. As explained by Letnar Černič, «one of the responses of Russian authorities to sanctions and business exits has been to freeze foreign investment under the threat of nationalisation»⁸⁰. Therefore, there was a combination of legal, reputational, or financial risks, or ethical and human rights considerations, motivating the decision to leave or suspend operations in Russia.

Nevertheless, although we have witnessed these reactions by businesses, the study prepared by Evenett and Pisani from the University of St. Gallen and the Swiss management school IMD Institute offered interesting findings about the actual weigh of those exists in the global market. They gathered data on companies from the EU and G7 countries that actually left Russia by November 2022 and their findings were quite revealing⁸¹. Despite international sanctions and commitments to leave the Russian market, only 8.5 % of companies from the European Union and G7 countries actually left Russia. In particular, they analysed 1.404 EU and G7 companies with commercially active equity investments in Russia before the invasion of Ukraine, and concluded that by the end of November 2022, only 120 (8.5 %) actually left⁸². Moreover, the study also revealed that «those EU and G7 companies that exited by the end of November 2022 accounted for small shares of the Western corporate footprint in Russia»⁸³.

To complement this study, it is also pertinent to examine the survey conducted by the Business and Human Rights Resource Centre (BHRRC) with 400 companies operating or investing in Ukraine and/or Russia which were invited to respond to questions about heightened human rights due diligence in situations of armed conflict⁸⁴. As for 21 November 2022, 115 companies out of 400 responded: 60 companies sent general responses expressing deep

77 BLOOMER, P. and SKYBENKO, E., «Ukraine: Responsible business conduct in a war of aggression», Business and Human Rights Resource Centre, 18 March 2022, at <https://www.business-humanrights.org/en/blog/ukraine-responsible-business-conduct-in-a-war-of-aggression/>

78 *Ibidem*.

79 *Ibidem*.

80 LETNAR ČERNIČ, J. «Russia, disinvestment, business and human rights», *Cambridge Core Blog*, 9 March 2022.

81 EVENETT, S. and PISANI, N. «Less than Nine Percent of Western Firms Have Divested from Russia», 20 December 2022 at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4322502>

82 *Ibid*, p. 5.

83 *Ibid*, p. 8.

84 Business and Human Rights Resource Centre, «Russian invasion of Ukraine: What companies have to say about their human rights due diligence», updated 21 November 2022 <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/russian-invasion-of-ukraine-what-companies-have-to-say-about-their-human-rights-due-diligence/>

concerns, reaffirming their commitment to respect human rights and sharing information about their donations in support of Ukraine; just 43 companies provided full or partial responses to the survey questions; 10 companies promised to submit a response but have yet to do so; 2 declined to respond⁸⁵. The technology sector has been the most responsive so far, followed by the oil and gas sector. As for the geographical distribution of responses, they found companies headquartered in USA were the most likely to respond – 26 did, followed by companies headquartered in Germany with 16 responses, 10 responses from Japanese companies, 8 from Swiss companies. These include full and partial responses as well as general comments.

As for their answers, according to the findings of BHRRC, the responses differ substantively, since some companies simply mentioned their human rights policies in place but without explaining any specific measure they were applying as a response to the conflict; while others indicated the steps and mechanisms they were implementing in order to carry out heightened human rights due diligence⁸⁶. Some companies explained they created cross-functional teams and task forces to respond to potential impacts on workers and communities. These examples include Carlsberg, Ericsson, Novartis and Uber. But, again, most of the teams and task forces created by companies were set up either shortly before or after the full-scale invasion on the 24th February 2022. As mentioned before, there were already security risks when Russian troops were concentrated on the border with Ukraine in early December 2021 which should have been considered by all companies operating in Ukraine or Russia, and even before, with the Russian annexation of Crimea in 2014.

As a preliminary conclusion, although several companies have publicly announced actions in response to the Russian invasion of Ukraine, «only a small number of companies appear to be taking their obligations under international human rights law and international humanitarian law seriously»⁸⁷. However, more research needs to be conducted to analyse the response of a higher number of companies. At the same time, the problem is the access to information since we are only evaluating their public statements or their replies to surveys⁸⁸. So probably research will need to include interviews and engaging directly with companies, although this could be a sensitive issue which many of them might not want to share information.

VII. Conclusions

The notion of heightened human rights due diligence has gained prominence in the last years, especially with the most recent armed conflicts taking place in different areas of the world. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights already considered the necessity to incorporate a higher standard of due diligence depending on the severity of the

85 *Ibidem*.

86 *Ibidem*.

87 *Ibidem*.

88 To know more about the statements of multinational corporations in the framework of the Russia-Ukraine war see KULIKOV, V., SIMANOVSKYY, M., EICHENBERG, A. and BRAESE, K. A., «Navigating wartime communications: multinational corporations in the Russia-Ukraine war», *Society and Economy*, November 2023, at <https://akjournals.com/view/journals/204/aop/article-10.1556-204.2023.00024/article-10.1556-204.2023.00024.xml>

human rights risk and the context where the enterprise was operating. The updated version of the OECD Guidelines from 2023 have in fact incorporated the notion of enhanced human rights due diligence in conflict-affected areas as a positive development. Additionally, in order to offer guidance, the work of the UN Working Group on Business and Human Rights, UNDP and the OHCHR has been crucial in translating these requirements in more practical terms for governments and companies.

We can summarise some of the main steps and mechanisms that companies operating in conflict-affected areas and high-risk scenarios should bear in mind. Firstly, when companies operate or start operating in those areas, they would need to conduct heightened human rights due diligence in accordance with the standards established in the UNGPs and other relevant instruments, whether the company chooses to stay or exit and would have to do it regularly. As part of this process, it would be essential to map their business activities and relationships across their supply chain to identify and assess potential human rights risks to which they may cause, contribute, or be directly linked with, as well as understand and assess the conflict dynamics and actors involved⁸⁹. Finally, they would need to have a planned and updated exit strategy formulated in consultation with stakeholders even before the conflict or the tensions escalate⁹⁰.

With regard to the possible contribution to serious human rights abuses and international crimes, the recent practice has offered examples of the risks and responsibilities companies might deal with in those situations. In particular, companies and their directors might face charges of complicity in the commission of international crimes, as the cases in France, the Netherlands, the US and Sweden have shown.

As for the lessons learned from the Russian-Ukrainian conflict, the current disengagement from Russia seems to offer an opportunity to incorporate business and human rights standards in companies' policies and in particular to implement human rights due diligence processes according to international standards (UNGPs, OECD Guidelines). However, it is unclear whether these existing decisions represent permanent changes in terms of business and human rights in the global market or whether this is only a temporary solution⁹¹. Unfortunately, we have already seen examples of the contrary as some Western companies have inserted «buy-back» clauses in contracts with buyers of their Russian subsidiaries⁹².

89 UNDP Guide, p. 26-27. See also ECCJ & Frank Bold, *From rushed reactions to proper preparedness. Corporate due diligence in times of armed conflict*, Brussels, June 2022, p. 10.

90 Report of the UN Working Group on Business and Human Rights, 2020, *supra* note 2, p. 14, para. 65.

91 LETNAR ČERNIČ, J. «Russia, disinvestment, business and human rights», *Cambridge Core Blog*, 9 March 2022.

92 EVENETT, S. and PISANI, N. «Less than Nine Percent of Western Firms Have Divested from Russia», 20 December 2022, p. 9.

Corporate Due Diligence in post-conflict settings: the role of civil society and victims in advancing environmental and human rights protection in Colombia*

DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN SITUACIONES DE POSCONFLICTO: EL PAPEL DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LAS VÍCTIMAS EN EL AVANCE DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA

Marta Paricio Montesinos

Faculty of Law and Helsinki Institute of Sustainability Science (HELSUS)
University of Helsinki, Finland
marta.pariciomontesinos@helsinki.fi

Abstract: Recent years have seen a rising consensus to hold corporations accountable for their human rights abuses in conflict-affected zones. This is represented by the concept of heightened due diligence, mainly based on the UNGPs. However, there is a lack of scholar literature on this topic. This paper focuses on the state of Colombia, analysing its performance under its duty to protect and how, in the face of its absence, civil society and victims fight for ending business impunity. Their actions and limitations pose questions regarding the due diligence international framework's premises and what is expected of a weakened state.

Resumen: Recientemente ha aumentado el consenso para responsabilizar a las empresas por sus abusos en derechos humanos en zonas afectadas por conflictos. Esto está representado por el concepto de diligencia debida reforzada, basado principalmente en los UNGP. Mas, falta literatura académica sobre este tema. Este estudio se centra en el Estado colombiano, analizando su desempeño en su deber de protección y cómo, ante su ausencia, la sociedad civil y las víctimas luchan por acabar con la impunidad empresarial. Sus acciones y limitaciones plantean interrogantes sobre las premisas del marco internacional de diligencia debida y lo esperado de un Estado debilitado.

Keywords: heightened due diligence, business and human rights, UNGPs, environmental protection, conflict affected zones, Colombia.

* Paper presented at the «Business and Human Rights research workshop» as part of the International Conference «Towards a mandatory human rights due diligence: legislative proposals and lessons learned», July 2023, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona.

Palabras clave: diligencia debida reforzada, empresas y derechos humanos, UNGP, protección del medio ambiente, zonas afectadas por conflictos, Colombia.

I. Introduction

Corporate responsibility is becoming a raising concern as major environmental destruction and human rights violations resulting from company activities are being reported, especially in high-risk zones. To address this, international legal efforts are erupting. The heightened due diligence framework, as part of the international Business and Human Rights discourse, is emerging as the key reference that informs state and corporate behaviour in conflict-affected areas. This concept, understood as a continuous process aimed at the identification, prevention, management, and mitigation of all possible impacts on human rights and on the environment throughout the businesses' entire supply chain, is mainly based on article 7 of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) (2011), the commentary 45 of the recently updated OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011), the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas (2013), and the UNDP guide on Heightened Human Rights Due Diligence for Business in Conflict-Affected Contexts (2022). Moreover, the proposed 2022 EU Directive for Corporate Sustainability Due Diligence is also expected to have an impact and make human rights binding to some extent.

The scholarly literature dealing with these situations has revolved around three topics: the macro-economic links between business, trade, and conflict¹; the corporate liability in international humanitarian, international criminal law and human rights law focusing on companies' legal obligations²; and the Corporate Social Responsibility literature that examines the corporate impacts on society and initiatives to minimize those³. However, there is little literature deepening into different case studies analysing how conflict or post-conflict states both develop and implement national and international legislation and what role do victims and civil society play in this complexity.

Thus, through the analysis of the international and national framework, as well as court decisions and expert and civil society reports, this study aims to explore the regulatory responsibilities and performance of the state of Colombia in protecting human rights and how victims and civil society, far from the traditional perception of passive actors, actively advocate for the advancement of environmental and human rights protection within the context of business activities.

1 See e.g., Philippe LE BILLON, *Fuelling War: Natural Resources and Armed Conflicts*, New York: Routledge, 2013.

2 See e.g., Noam LUBELL, «Challenges in applying human rights law to armed conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 87, 2005; Salil Tripathi, «Business in Armed Conflict Zones: How to Avoid Complicity and Comply with International Standards», *Politorbis*, vol. 50, 2010.

3 Andreas GRAF and Andrea IFF, «Respecting Human Rights in Conflict Regions: How to Avoid the "Conflict Spiral" », *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2017.

To do so, this paper is divided into three sections. First, I enumerate and analyse those principles and guidelines that encompass the international heightened due diligence framework and briefly expose its shortcomings. Secondly, I assess the Colombian state's adherence to its responsibilities under the international framework through both regulations and its implementation and discuss its deficiencies and what is needed. In the third section, I explore on one hand, the different ways in which victims and civil society, in face of the absences of the state, contribute to advance business accountability and human rights and environmental protection and, on the other hand, the limitations of their position and the moments in which there is an irremediable need for state action. Finally, some questions are raised, and conclusions are drawn.

II. The international heightened due diligence framework: development and shortcomings

Conflict and post-conflict situations pose greater significant regulatory difficulties for the State. These situations differ widely, involving state and non-state actors, like armies or guerrilla groups; varying ambitions, such as land disputes or obtaining resources; and underlying motivations, for instance, gaining profit or imposing an ideology⁴. However, despite the differences, these environments are usually characterized by a history of human rights violations, a business culture of high risk-high gain capitalist practices, weak or non-existent governmental regulation, and weak host state institutional structures to control the different non-state actors operating in the territory⁵. In addition, in post-conflict situations, the transition from violence to peace usually entails high environmental costs, as corporations interact with weak institutions and post-conflict countries guide their priorities toward restoration of socioeconomic conditions⁶.

Therefore, since the risk of companies becoming involved in grave environmental destruction and human rights abuses is particularly high in contexts affected by armed conflicts and other situations of widespread violence, the regulation or, at least, the inclusion of these situations in Business and Human Rights international developments has been differentiated from situations of peace. These regulatory efforts to inform state and corporate behaviour in high-risk zones are encompassed in the so-called «Heightened Due Diligence», meaning the ongoing, proactive, and reactive process through which companies ensure their respect for human rights and do not contribute to conflict⁷.

4 United Nations Development Programme, «Heightened Human Rights Due Diligence for business in conflict-affected contexts. A Guide», UNDP, New York, 2022, p. 7.

5 Olga MARTIN-ORTEGA, «Business and Human Rights in Conflict», *Ethics & International Affairs*, vol. 22, 2008.

6 Rachel KILLEAN, «From ecocide to eco-sensitivity: “greening” reparations at the International Criminal Court», *The International Journal of Human Rights*, vol. 25, 2020, p. 4; Andres SUAREZ, Paola Andrea ÁRIAS-ARÉVALO, Eliana MARTÍNEZ-MERA, «Environmental sustainability in post-conflict countries: insights for rural Colombia», *Environ Dev Sustain*, vol. 20, 2018.

7 OECD, «OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas: Third Edition», OECD Publishing, Paris, 2016, p. 13.

In that sense, the 2011 United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) are the main authoritative and global framework guiding states and companies in preventing and addressing adverse business-related human rights impacts. These are divided into the well-known three pillars: the state's responsibility to protect, the businesses' responsibility to respect, and both businesses and states' responsibility to ensure victims have access to effective remedies. However, in respect to complex environments, the principles only contemplate in a separate *article 7* of the first pillar the state's responsibility of «supporting business respect for human rights in conflict affected areas»⁸.

Likewise, the recently updated OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct of 2011, also included a specific commentary to its IV part on Human Rights, establishing that «in the context of armed conflict (...) enterprises should conduct enhanced due diligence (...)»⁹. Some years later, acknowledging that the extraction and trade of minerals was a main source of conflict and human rights abuses, the OECD released the Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas. This Guidance had the objective of helping companies respect human rights and avoid contributing to conflict through their mineral sourcing practices as well as cultivate transparent mineral supply chains and sustainable corporate engagement in the mineral sector¹⁰.

More recently, the UNDP, together with the Working Group on Business and Human Rights, issued in 2022 a guide on Heightened Human Rights Due Diligence for Business in Conflict-Affected Contexts. This Guide, based on the UNGPs, aimed to provide stakeholders with a better understanding of the practical measures that should be taken to ensure responsible engagement from businesses in conflict-affect areas and give business parameters to design and implement heightened due diligence measures in these situations¹¹.

Finally, the proposed 2022 EU Directive for Corporate Sustainability Due Diligence is expected to have an impact and make human rights binding to some extent, also in conflict-affected areas. The amendments adopted by the European Parliament in the first reading on 1 June 2023 on the Commission's proposal included a new *recital 28 b* and a new *article 5-paragraph 2 b*, which would comprise the responsibility of companies and states to undertake heightened, conflict sensitive due diligence in conflict-affected and high-risk areas and respect obligations under human rights and international humanitarian law. Moreover, the new *article 13- paragraph 1 a*, would establish the need to issue clear and easily understandable guidelines that should provide support to companies or to Member State authorities on how companies should fulfil their due diligence obligations, including in conflict-affected areas¹².

8 United Nations, «Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework», UN, New York, 2011, p. 8.

9 OECD, «OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct», OECD Publishing, Paris, 2023, commentary 45, p. 26.

10 OECD (n 9), p. 3.

11 UNDP (n 6), p. 4.

12 European Parliament, «Amendments adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive» (EU) 2019/1937 (COM (2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)) (2) (2023).

Of all these developments, the proposed EU Directive is the only one that is expected to have binding force. The UN and OECD principles and guidelines share the same non-legally enforceable nature, meaning that their observance is voluntary, and their implementation and enforcement depend on the willingness of states and businesses. As a result, according to some experts and scholars, only a small number of corporations have adopted these voluntary human rights standards¹³.

Nevertheless, since the EU directive is still under preparation, the UNGPs remain the main reference and guidance for states, companies, and subsequent national and international regulations, even in conflict-affected contexts. Thus, the limited and general engagement of the UNGPs with complex environments is concerning, especially since most gross human violations and environmental destruction occur in these situations. Moreover, its framework and guidance seem to assume that, first, businesses can respect human rights regardless of the complexity of the context if they perform sufficient human rights due diligence, and second, that companies usually operate in ignorance or need assistance to comprehend how their actions and operations are connected to or contribute to environmental destruction or human rights violations¹⁴. Therefore, what is required is more information and engagement on their part. This educational and guiding spirit is common in all regulatory developments and seems to forget that companies are usually not unaware of their role; instead, they can usually benefit from the conflict¹⁵.

These two misleading assumptions are significant and contradictory with the above-mentioned hypothesis of the regulation in these high-risk zones: since in complex environments the host state is either unable or unwilling to meet its duty to protect, the

13 For example, a study requested by the European Commission about Due Diligence Requirements through the supply chain concluded that only 16 percent of companies monitor human rights and environmental impacts across their entire value chain. See Lise SMIT and others, « Study on Due Diligence Requirements Through the Supply Chain: Final Report », Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020; United Nations Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, July 16, 2018, UN Doc. A/73/163, at para. 27. See also Surya DEVA, «From “business or human right” to “business and human rights”: what next?» in Surya DEVA and David BIRCHALL (eds) *Research Handbook on Human Rights and Business*, Edward Elgar, 2020.

14 As already stated by several authors, the mere presence of a business in situations with widespread or systematic violations can affect, exacerbate, or condone gross or serious violations of IHRL and IHL. Therefore, some contexts require companies to leave the country in order not to engage in human rights abuses. As an example, some companies of the EU, such as the Swedish H&M, have begun the process of leaving Myanmar after the 2021 military coup. See also Tara VAN HO, « Business and human rights in transitional justice: challenges for complex environments » in Surya DEVA and David BIRCHALL (n 14); Geneviève PAUL and Judith SCHÖNSTEINER, «Transitional Justice and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights » in Sabine MICHALOWSKI (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Routledge, 2013, p. 84.

15 In the Colombian context, it is notable the case, still in process, against the banana company Chiquita in the federal courts of the United States. The North American multinational Chiquita carried out, between 1997 and 2004, more than one hundred transfers to the paramilitaries for an amount equivalent to 1.5 million of euros to maintain the monopoly of the land and ensure the export of the product.

business responsibilities to respect and remedy become even more important¹⁶. The portrayal of companies as neutral agents or in need of constant guidance does not represent the reality of these contexts nor does it seriously consider the power imbalances between the different actors involved (host and home state, companies, armed groups, and local and indigenous population).

Taking both characteristics into consideration, the lack of legal binding force and its inappropriate depiction of power imbalances, it is doubtful that this heightened due can provide a comprehensive guide and properly inform states and business behaviour in conflict zones. What is more, this framework seems insufficient by itself as a tool for victims of human rights abuses or environmental destruction in conflict-affected areas to seek justice and reparations.

Nonetheless, some states affected by conflict have started to include these international developments in their national regulations, and courts have incorporated the due diligence concept in some of their decisions. Colombia is a good example.

III. Unwilling or unable: the state of Colombia and its responsibility to protect

As previously mentioned, the UNGPs establish the state's responsibility to protect (pillar 1) and to remedy (pillar 3) through all the legal and administrative options available¹⁷. Specifically, the responsibility to protect encompasses preventing, investigating, sanctioning and redressing. In this section, I will assess the Colombian state's adherence to its responsibilities through both regulations and its implementation.

In the case of Colombia, the context is highly influenced by the armed conflict that supposedly finalised with the Peace Agreements of 2016 with the oldest guerrilla in Latin America, The Revolutionary Armed Forces of Colombia (Las Fuerzas Armadas de Colombia, FARC). Nevertheless, the conflict persists through the history of the country, the land disputes, the State configuration, and the economic model of development established¹⁸.

Yet, Colombia was the first non-European country in developing a National Action Plan for Business and Human Rights (NAP) in 2015 that covered a period of 3 years, and, in 2020,

16 VAN HO (n 15), p. 382.

17 Human Rights Council, « Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights», A/HRC/8/5 (7 April 2008), paras. 18–22.

18 For example, since the beginning of the new millennium, successive governments of Colombia have turned mining and oil exploitation into the country's development engine. Often ignoring legal regulations and affected communities, this strategy has intensified social and environmental conflicts that focus on land ownership and use. Colombia is the country in Latin America where the highest number of conflicts of this type occur and where the most environmental defenders have been murdered in 2020. See Frédéric THOMAS, «Estudio sobre el deber de debida diligencia en Colombia», CETRI, Brussels, 2022, available at <<https://www.cetri.be/Estudio-sobre-la-diligencia-debida?lang=fr>> last accessed 26 october 2023.

they officially announced the second NAP covering the period 2020-2022. Both national plans were configured as a tool of public policy and had the main goal of guaranteeing that the State of Colombia adequately protects human rights and that business activities in Colombia are respectful of human rights and contribute to the sustainable development of the country. In that sense, the state of Colombia soon tried to incorporate the UN principles in its own national framework as part of its duty to protect human rights through policies and regulation relating to business operations¹⁹.

In general terms, while public policies have been overshadowed in the human rights field by legislative measure and judicial interpretation, NAPs have been widely used by states of Europe and Latin America to incorporate the UNGP principles to their national framework²⁰. So much so that the theoretical premises and substantive elements that NAPs should contain have been largely developed by the UN Working Group through its 2014 report and its 2016 guidance²¹. According to the 2014 report, the fundamental purpose of such policies is to prevent and strengthen protection against human rights abuses by business enterprises through an inclusive process of identifying needs and gaps and practical and actionable policy measures and goals²². In other words, assess what the States are doing to implement the UNGPs and identify the gaps which require further policy action.

In that sense, Cantú Rivera argues that NAPs become relevant tools to contribute to the performance of the existing state's duties under international law through, first, awareness-raising, and, second, implementation measures²³. Thus, the effectiveness of a NAP can be measured by the success in interministerial awareness-raising that should translate into effective compliance of the state's human rights obligations and a successful horizontal policy coherence inside the Executive branch²⁴. In addition, he adds, there are other potential elements to advance the implementation of the UNGPs through NAPs, not only related to the first, but to the third pillar. NAPs can address or contribute to remove practical obstacles to access to remedy, especially for state-based non-judicial mechanisms, and, at the same time,

19 Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, «Colombia Avanza. Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y Empresas», 2015, available at < https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf > last accessed 10 November 2023; Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, «Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020/2022», 2020, available at < <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2021/06/colombia-2020-2022-plan-nacional-de-accion-de-empresa-y-derechos-humanos.pdf> > last accessed 10 November 2023.

20 Humberto CANTÚ RIVERA, «National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?», *Business and Human Rights Journal*, 2019, p. 4.

21 General Assembly, «Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises», A/69/263 (5 August 2014); UN Working Group on Business and Human Rights, «Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights», (Geneva: OHCHR, 2016).

22 General Assembly 2014 (n 22), paras. 2 and 6.

23 CANTÚ RIVERA (n 21), p. 11.

24 *ibid*, p. 13; Larry CATÁ BACKER, «Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law That Might Bind Them All», *Fordham International Law Journal*, vol. 38, 2015, p. 457.

can improve and clarify the role and functioning of some non-judicial mechanisms, such as OECD National Contact Points²⁵.

Nonetheless, NAPs present grave and several challenges. Firstly, having a strong state-centred focus, NAPs only have effect on public officials from the Executive branch, but hardly upon the Legislature or the Judiciary of the State. Then, NAPs cannot generate vertical policy coherence and effectively regulate corporate conduct. In addition, this has negative effects in terms of enhancing business accountability since victims of human rights abuses will not be able to rely on these public policies alone as the basis for their legal arguments in a judicial process. Secondly, the lack of measurement in the implementation of public policies makes it difficult to assess that these NAPs are causing effective changes in state and business behaviour. Finally, NAPs have a limited time frame linked to political cycles and governments. Policies, priorities, and lessons learned can change or be lost in a matter of years²⁶.

In addition to these, the National Action Plans of Colombia present further challenges. On one hand, both contain general similar aims to achieve horizontal coherence and similar obligations for the different organs of the executive branch, with a constant use of the verbs «promote», «encourage» and «strengthen» and little specific measures or actions. On the other hand, the second NAP is composed of 70 pages with an extensive background on how Covid 19 has affected the economic situation of the country and how the State of Colombia has dealt with it. Having this as the main argument, there is a constant mention of the need of «economic reactivation» for Colombia and, through the text, this objective is sometimes placed before the obligation and need to respect human rights or the implementation of a sustainable economy²⁷.

Furthermore, considering the importance that the armed conflict has had and still has in the economic and social context of the country, it is interesting the decision in both national plans of not including a section on the links between the conflict and the role of corporations. Neither of the plans have a proper diagnosis on how corporations have contributed to the conflict or have taken advantage of it. The only reference to this link can be found in the second national plan when it states that the violence on the territory is an additional challenge that has affected the business activity²⁸. However true, it completely forgets to mention the other side of the coin: how business activity has affected the conflict.

On that note, even though it is claimed that there was an active participation of civil society in the creation and development of the plans, several Colombian civil organisations opposed both. According to them, not only there was an absence of a proper diagnosis of the situation and the imbalance of power between actors, but also, an absence of real and effective participation of civil society and consultation processes. Moreover, they claimed that there was no guarantee that the State will comply with its obligations to protect human rights since the plans did not propose suitable specific tools for the comprehensive reparation of violations of human rights nor do they contemplate a preventive approach against them²⁹.

25 CANTÚ RIVERA (n 21), pp. 14 and 17.

26 *ibid*, p. 15.

27 See «Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020/ 2022» (n 20), pp. 6, 22, 24, 49.

28 *ibid*, p. 20.

29 See e.g., Ambiente y Sociedad, «Comunicado de la sociedad civil colombiana frente a la política pública sobre Derechos Humanos y Empresa del Gobierno de Colombia», 13 July 2016, available at

As a result, the effectiveness of NAPs, both Colombian and in general, has been questioned as they can be used as a mirage to avoid engaging in what is required from states and business to ensure the protection and respect of human rights³⁰. Hence, it becomes crucial for state not only to concentrate on NAPs but also to pursue the development of comprehensive regulations accompanied by legal reforms, using the insights gained from NAPs and their gap analyses as a starting point.

However, this would require, first, that the NAPs acknowledge and conduct a proper analysis of the role of corporations in the Colombian context; second, a collaboration work between the different branches of the state as well as having a multi-stakeholder approach to ensure access to and consideration of the voices of all stakeholders; finally, show a proper commitment to human rights protection and sustainability in which the economic development is not placed as the first priority of the state. NAPs, then, could be considered not only a good tool for horizontal coherence between ministries and governmental bodies, but also an adequate foundation for a future due diligence law or legal reform.

Before concluding, it is worth noting that even though NAPs are the policy documents that directly deals with the UNGPs, there are regulations and jurisprudence that indirectly affect the obligations and responsibilities of companies in Colombia. On one hand, there is the regulation on environmental issues through the creation of the National Environmental System (Sistema Nacional Ambiental, SINA) through the law 99 of 1993, in which some businesses responsibilities in environmental issues are regulated, such as the evaluation of environmental impacts within the framework of environmental licenses. In addition, from a private perspective and through self-regulation, parties can ask and adopt contractual clauses that include obligations regarding human rights in the negotiation of commercial contracts.

On the other hand, through constitutional actions and sentences, the Constitutional Court has developed jurisprudence regarding the links between businesses activities and ethnic communities' rights. Linked to this, the deep participation of companies in serious human rights violations during the conflict has been addressed through transitional justice, for example in judicial decisions on land restitution³¹. Likewise, in the regional system, the Inter-American Court of Human Rights has reinforced and increased the standard of protection and investigation by States in relation to third parties that commit human rights violations in their jurisdiction. Finally, it is also important to mention that even though the establishment of the OECD National Contact

<<https://www.ambientey sociedad.org.co/comunicado-de-la-sociedad-civil-colombiana-frente-a-la-politica-publica-sobre-derechos-humanos-y-empresa-del-gobierno-de-colombia/>> last accessed 30 October 2023; Mesa Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos, "Pronunciamiento público de las organizaciones no gubernamentales ambientales, sociales y de derechos humanos rechazando nueva versión del plan nacional de acción sobre empresas y derechos humanos", 15 december 2020, available at

<https://media.business-humanrights.org/media/documents/MESA_EDH_Comunicado_PNA_-_10_diciembre_2020_n10homb.pdf> last accessed 30 October 2023

30 CANTÚ RIVERA (n 21).

31 In this type of jurisprudence, the duty of companies to analyse the factors of the zones they are investing and not take advantage of the conflict has been highlighted. However, they do not still require any human rights due diligence process. See Nataly SARMIENTO ELJADUE and others, «Avances y Retos en la regulación de la debida diligencia empresarial en derechos humanos en Colombia», Fundación ideas para la Paz (FIP), Zuleta Beyond Borders, August 2021.

Point through Decree 1400 of 2012 and in line with the OECD guidelines is an important regulatory development that offers a flexible dialogue mechanism, there has been no important examples of conflict resolutions between companies and local population or victims, if any at all.

Considering the above and returning to the specific obligations of the state to protect under the UNGPs, some findings are highlighted. First, differently from the UNGPs that contain and explain several preventative measures, the national instruments only mention the obligation of preventing as a general and abstract national obligation, but do not contain any specific measures. Secondly, the national instruments do not contemplate any special sanction regime for companies in human rights issues nor exists any legal provision that allows to establish which authority is competent to sanction nor what kind of sanctions would apply.

On a slightly different note, the NAPs mentioned and structured the non-judicial mechanisms available to victims as well as made indirect reference to the possibility of undertaking legal reforms regarding the barriers to remedy and established a working group to study how to mitigate these³². In contrast, practice shows that the initiative to investigate human rights violations by the state of Colombia is limited, if not completely absent³³. Regardless of the duty of the State of Colombia to conduct effective and diligent investigations, these only occur when victims decide to resort to legal or state mechanisms that allow the protection and reparation of human rights violations³⁴. So much so that impunity regarding human rights violations in relation to business activities as well as in general, is usually attributed to the lack of will of the state to investigate and sanction.³⁵ This creates what is called a symbolic effect of permissiveness and allows protecting the continuity of the economic model imposed in the region³⁶. Thus, it is possible to assert that the State of Colombia still has a long way to go to fulfil its role as a guarantor of human rights. As best summarized by the words of Alan Seagrave, Colombia «talks the talk» but does not «walk the walk»³⁷.

IV. Beyond passive actors: the active role of victims and civil society in the advancement of business accountability

While there was a brief period of reduced violence following the 2016 accords, it proved to be short-lived³⁸. In fact, in its report of 2020, INDEPAZ determined the existence of a continuous,

32 Nevertheless, there was no commitment to undertake those legal reforms because of the adoption of the NAP. See «Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020/ 2022» (n 20) p 44-45.

33 SARMIENTO ELJADUE and others (n 32), p 32.

34 *ibid.*

35 See e.g., CPDH, «Comunicado N.7 del 2016», 21 November 2016, available at < <https://www.colectivodeabogados.org/?El-CPDH-rechaza-la-oleada-de-crmenes-y-agresionesselectivas-y-sistematicas-en> > last accessed 26 october 2023.

36 THOMAS (n 19), p. 42.

37 Alan SEAGRAVE, «Conflict in Colombia: How Can Rebel Forces, Paramilitary Groups, Drug Traffickers, and Government Forces Be Held Liable for Human Rights Violations in a Country Where Impunity Reigns Supreme», *Nova L Rev*, vol. 25, 2001, p. 525.

38 See e.g., Ivan GARCIA, «Peace and Pesos: How Colombia's Peace Treaty is Impacted by its

systematic attack against Human Rights Defenders (HRDs) that increased in the post-accord period and disproportionately targeted indigenous, racialized, and gendered activists³⁹.

This post-war violence against defenders in Colombia is largely a rural phenomenon and, within the context of business activities, a group highly exposed is defenders of land and environmental rights, who are often from ethnic communities. Some examples are the indigenous people defending their rights to their territories and right to life, like the Wayuu or Ykpa; Afro-descendant and farmer communities («campesinos») demanding for a healthy environment, like the cases in La Salvajina o Hidroituango; and union and social organizations that face extractive project under the control of multinational corporations. In general, these three groups fight against economic interest related to large-scale agro-industry, forestry, energy, infrastructure investments and mining projects, licit and illicit⁴⁰. Moreover, defenders involved in the restitution of lands disposed during the armed conflict are also affected by postwar violence⁴¹.

While most of the post-war violence is attributed to organized armed and criminal groups, such as paramilitaries, it is worth noting that state authorities have played a huge role when public stigmatizing communities and defenders as well as carrying out illegal surveillance, unfounded criminal prosecutions, excessive use of force, and extrajudicial killings⁴². This was quite predominant in the Uribe government from 2002 to 2010 and its national strategy to show defenders as internal enemies that are allies of the guerillas or opponents of the resource-extraction-based economic development model and, therefore, of the Colombian public general interest⁴³.

In that sense, victims not only can struggle because of the absent role of the State but also its opposition. The public stigmatization of HRDs together with the prioritization of liberal practices as well as the inaction of the state to investigate human rights violations or sanction companies leaves victims and ethnic communities defenceless and in danger⁴⁴.

Developing Economy», Harvard International review, 2022, available at <<https://hir.harvard.edu/peace-and-pesos/>> last accessed 8 October 2023.

39 INDEPAZ, «Informe: Líderes y Defensores de Derechos Humanos», 2020, available at <<http://www.indepaz.org.co/informe-lideres-y-defensores-de-derechos-humanos-21-de-diciembre>> last accessed 14 November 2023.

40 See Amanda ROMERO and others, «Asimetrías, estrategias, y posibilidades del litigio estratégico en materia de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales», Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos, 2020, p. 9.

41 Philipp WESCHE, «Post-war Violence against Human Rights Defenders and State Protection in Colombia», *Journal of Human Rights Practice*, 2021, p. 321.

42 Somos Defensores, «Más allá de las cifras. Informe enero-junio 2018: Sistema de información sobre agresiones contra defensores y defensoras de los DD.HH.- SIADDHH», 2018, available at <<https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2019/08/M%C3%A1s-All%C3%A1-De-Las-Cifras-Somos-defensores.pdf>> last accessed 10 November 2023.

43 Philipp Wesche (n 42), p. 320; Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, «Defender la vida. Informe a la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad sobre patrones de agresión a personas que defienden Derechos Humanos y el territorio en Colombia», 2018, available at <https://www.colectivodeabogados.org/wp-content/uploads/2018/07/cajar_informe_presentacion.pdf> last accessed 10 November 2023.

44 For example, the government of Colombia promotes mining by assigning legal mining titles in order to drive economic development, including in Indigenous reserves in the Amazon. See Prada

However, contrary to the representation of victims of mass atrocities in international law as defenceless, passive and in need for external support⁴⁵, in Colombia exists a well-developed infrastructure of human rights organizations that historically coordinates the voices of victims and human rights defenders⁴⁶. As expressed by Richard Georgi, «victimized Colombians are not envisioned as passive receivers of rights, but as active citizens for a new polity»⁴⁷, and several cases and studies prove this perception⁴⁸.

Likewise, with respect to human and environmental abuses within the context of business activities, I argue that victims and civil organisations advocate and push for business accountability and the protection of environmental and human rights through two main avenues.

On one hand, by organizing themselves, denouncing, investigating, and publicly exposing human rights violations, they have, to some extent, tried to compensate for the absence of state intervention and assume responsibilities typically attributed to the state. As previously stated, the state only initiates investigations when victims resort to mechanism of remediation, leaving Colombian and international organisations together with victims bearing the weight of investigating and denouncing human rights abuses⁴⁹. In that sense, it is worth noting the creation in 2016 of the CSOs Human Rights Roundtable to address corporate power («Mesa por los derechos humanos frente al poder empresarial») during the government of Juan Manuel Santos. This initiative was formed after several organizations⁵⁰ decided to meet and manifest their concern regarding the first NAP. Together, these organizations have released several documents and pronouncements with analysis of policies and laws as well as demands to improve the legal and factual situation in Colombia. Separately, the organisations

CÉSPEDES, «Defensores de los cerros sagrados», *Agenda Propia*, 2020, available at <<https://www.connectas.org/especiales/defensores-cerros-sagrados/>> last accessed 12 November 2023; Torsten KRAUSE, «Reducing deforestation in Colombia while building peace and pursuing business as usual extractivism?» *Journal of Political Ecology*, vol. 27, 2020.

45 Nadia TAPIA NAVARRO, «The Category of Victim “From Below”: the Case of the Movement of Victims of State Crimes (MOVICE) in Colombia», *Human Rights Review*, vol. 20, 2019, p. 306.

46 See F. Richard GEORGI, «Peace through the lens of human rights: Mapping spaces of peace in the advocacy of Colombian human rights defenders», *Political Geography*, vol. 99, 2022.; THOMAS (n 19); Amanda ROMERO and others (n 41).

47 GEORGI (n 47), p. 9.

48 See e.g., TAPIA NAVARRO (n 46); GEORGI (n 47); Cecilia LÓPEZ MONTAÑO and María-Claudia HOLSTINE, «Rural women in Colombia: from victims to actors» in Kumudini SAMUEL, Claire SLATTER, Vagisha GUNASEKARA (eds.), *The Political economy of conflict and violence against women: Cases from the south*, Zed books, 2019; Philipp WESCHE (n 42); César A. RODRÍGUEZ-GARAVITO and Luis Carlos ARENAS, «Indigenous rights, transnational activism, and legal mobilization. The struggle of the U'wa people in Colombia» in Boaventura DE SOUSA SANTOS and César A. RODRÍGUEZ-GARAVITO (eds.), *Law and Globalization from below: Towards a Cosmopolitan Reality*, CUP, 2005; Diana Carolina ARBELÁEZ-RUIZ, «Indigenous resistance to mining in post-conflict Colombia», *The Extractive Industries and Society*, vol. 9, 2022.

49 SARMIENTO ELJADUE and others (n 32).

50 Some of the organizations that promoted the initiative were: Centro de Estudios Jurídicos Tierra Digna, Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, CINEP Programa por la Paz, FIAN Colombia; ILSA; Comisión Colombiana de Juristas. See more < <https://www.ciedhcolombia.org/mesaedh> > last accessed 13 November 2023.

that encompass the roundtable work for different causes. In this respect, organisations such as *Asociación Ambiente y Sociedad*, *ForumCiv* and *PAS* work, nationally and internationally, for the transition to peace and the creation of civil participation forums; *Comisión Colombiana de Juristas* (CCJ), *AIDA* and *ILSA* are organizations that work from a legal perspective to study the national and international law and provide analysis to governments or legal aid to victims; finally, some regional organisations like *Fuerza de mujeres Wayúu*, *PCN*, *Comité por la defensa del agua, la vida y el territorio del Cauca* and *Mesa ambiental de Jericó* work in specific cases investigating the human rights abuses and the environmental damage of corporations in different territories as well as raising awareness of that situation nationally and internationally⁵¹. Another example worth mentioning is the proposal of some human rights defenders to create a regional strategic litigation network of experienced lawyers and organizations, aimed at strengthening defence, litigation and counterclaim processes, as well as changing narratives in the region and, thus, effectively confront abuses by companies and face the absence of the State⁵².

On the other hand, victims and organisations, when accessing to non-judicial and judicial mechanisms with a vindicative discourse of peace, environmental protection, and human rights, not only contest the liberal and traditional understanding of these, but also push the boundaries of judicial argumentation. In this regard, human rights defenders advocate for peace not only in terms of armed confrontation, socio-political violence and state abandonment, but also for a structural transformation of economic, ecological and epistemic foundation of the historic Colombia⁵³. As a representative example, we have the Manifesto of the Colombian Women for Dignity and Peace that concludes that peace and human rights includes economic-ecological alternatives to neoliberal capitalism⁵⁴.

This vindicative discourse of human rights is also portrayed in legal arguments when accessing to courts and, paraphrasing Cesar Carvajal, former auxiliary magistrate of the Colombian Constitutional Court and current auxiliary magistrate of the Special Jurisdiction for Peace (JEP), mobilizing before the courts and structuring a strong human rights discourse led and allow the judges to move beyond the limits of the construed legal language and extend the constitutional imagination⁵⁵. Carvajal exemplifies this collaboration with Constitutional Court decisions on environmental issues that, to him, are «born from the paradox between the spontaneity of the mobilization and the procedural rigidity of litigation»⁵⁶.

51 See more, CIEDH, «Memorias de la Mesa de organizaciones de la sociedad civil sobre empresas y derechos humanos», 2021, available at: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-11/MESAInforme_Mesa_VC5.pdf> last accessed 13 November 2023.

52 Dora LUCY ARIAS in ROMERO and others (n 41), pp. 36-39.

53 See e.g. GEORGI (n 47), p. 8

54 Mujeres Colombianas por la dignidad y la paz, 'Manifiesto', 14 May 2013, available at <https://humanas.org.co/alfa/dat_particular/ar/caquetamanifestomujeres.pdf> last accessed 10 November 2023. See among others, ANZORC, 'La paz de los campesinos es la justicia social', 18 December 2012, available at <<https://prensarural.org/spip/spip.php?article9845>> last accessed 10 November 2023; ONIC, 'Comisión Étnica para la Paz y la Defensa de los Derechos Territoriales', 8 March 2016, available at <<https://www.onic.org.co/noticias/976-comunicado-a-la-opinion-publica-comision-etnicapara-la-paz-y-la-defensa-de-los-derechos-territoriales>> last accessed 10 November 2023.

55 César CARVAJAL SANTOYO in ROMERO and others (n 41), pp 25-30.

56 César CARVAJAL SANTOYO, «Dos modos de caminar el ambiente», in María Victoria CALLE CORREA,

The Constitutional Court's Sentence SU-123 of 2018 is a representative case that portrays that dynamic and pushes for the respect of human rights and the environment within the context of business activities. Specifically, the case concerns the tutela/protective action («acción de tutela») filed by the indigenous community Awá la Cabaña against the Ministry of the Interior, the National Environmental License Authority («ANLA») and the company Consorcio Energy regarding the oil extraction project in the zone known as Puerto-Vega Teteyé that began in 2009. The indigenous community argued the project started and was granted the environmental licence without conducting a process of prior consent with them and the affected communities. According to them, the project caused damage to health, living conditions and the territory, and contaminated the river San Lorenzo affecting their food sources as well as the ancestral life practices, such as teaching traditional medicine. In addition, since the National Army appeared to protect the oil infrastructure, armed conflicts and stigmatization of the indigenous people started.

Before arriving to the Constitutional Court, the case was brought by the Cabildo's governor to the Superior Tribunal of Mocoa, which denied the protection action. Then, the decision was challenged before the Supreme Court of Justice, which also concluded that there was no violation of the rights of the indigenous community. For its part, the Constitutional Court decided in 2018 to revoke the decisions made by the other two courts, concluded that several of the Awá La Cabaña Community's fundamental rights had been violated and granted the community the rights to prior consultation, healthy environment, health, and food security and sovereignty⁵⁷. Moreover, apart from ordering the related public authorities to take several actions, the ruling establishes that the prior consultation of indigenous peoples and afro-descendant communities is part of the duties of due diligence to respect human rights of not only the State, but also companies. Thus, together with this decision, the Constitutional Court has been establishing and clarifying due diligence responsibilities and voluntary sanctions for companies in several decisions⁵⁸.

Nevertheless, despite the active role of civil society and the advancement through court decisions, there are some factors that pose questions and must be considered regarding, on one hand, the need and position of the state and, on the other, the due diligence concept and framework.

In the first place, although these decisions based on mobilization have an immense symbolic and political value, they are not enough by themselves: the state needs to implement the decisions and conduct the actions required in them⁵⁹. Furthermore, this dynamic between civil society and courts is an exception in Colombia that corresponds to the constitutional regime, not the ordinary judicial system. In other words, in Colombia the exceptional judicial mechanism works well, but the ordinary justice present great challenges and problems⁶⁰.

Gloria Patricia LOPERA MESA, César CARVAJAL SANTOYO, «El vínculo indisoluble entre democracia y derechos ambientales», Ideas verdes, Fundación Heinrich Böll, Colombia, vol. 23, 2020, p. 12.

57 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-123/2018.

58 See also Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693/2011 (*Achaguas-ODL*); Sentencia C-674/ 2017. See more in SARMIENTO ELJADUE and others (n 32).

59 Dora LUCY ARIAS and César CARVAJAL SANTOYO in ROMERO and others (n 41), pp. 25-39.

60 Comisión Internacional de Juristas, «Acceso a la Justicia: Casos de Abusos de Derechos Humanos por Parte de Empresas», CIJ, 2010, available at <<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/09/Colombia-access-to-justice-corporations-thematic-report-2010-spa.pdf>> last accessed 10 November 2023.

For example, investigators sometimes cannot access the places of events, prosecutors lack resources and are usually unable to respond to the legal capabilities of the lawyers of companies, and, during the investigations it is not unusual that prosecutors are threatened or intimidated, so the fear of reporting or collaborating in investigations against companies is still latent⁶¹.

Similarly, victims encounter several legal and practical barriers when trying to access justice that have been extensively reported. The burden of proof, the difficulties in proving their claims due to the absence of the state and the gaps in official documentations, the lack of economic resources to even hire a lawyer and the absence of rights awareness and trust in public institutions are some of the main examples⁶².

As a result, it is not surprising to find an apparent clash between demands of human rights defenders in respect to the state of Colombia. While they still address their demands to the state and contemplate it as the figure that must protect human rights, they also question its legitimacy and advocate for the decentralization and diversification of the political power through the inclusion of civic participation, territorial self-determination, public deliberation, and protest⁶³.

Secondly, although the Constitutional Court has included the due diligence framework in its reasoning, Colombian organizations seldom use it, if at all⁶⁴. The concept of due diligence is relatively little known among Colombian organizations mainly because of the gap that exists between the theoretical development of the concept and its real effectiveness⁶⁵. Moreover, some Bogotá-based NGOs dismissed the UNGPs because of their non-binding nature and the process outside of the local context. On one hand, they perceived the UN document as having an economic rather than legal nature, asserting that its implications allow corporations to use it as simple marketing⁶⁶. Besides, the development process of the UNGPs was argued to be too international and elitist⁶⁷.

The fact that victims and civil society push for the advancement of business accountability without necessarily resorting to the UNGPs or the concept of due diligence, obliges us to revisit the first and second section of this paper. Internationally, the scepticism regarding the UNGPs raises questions in respect to what format and which content the international principles, the future EU directive as well as a possible future binding treaty should take and include

61 *ibid*, pp. 54-56.

62 See e.g., *ibid*; ROMERO and others (n 41); Oxford Pro Bono Publico, «Obstacles to Justice and redress for victims of corporate human rights abuse», 2008, available at <<https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Oxford-Pro-Bono-Publico-submission-to-Ruggie-3-Nov-2008.pdf>> last accessed 13 November 2023.

63 GEORGI (n 47), p. 9.

64 For instance, although the Constitutional Court used the concept of due diligence, the demands of indigenous people are mainly based on the constitutional rights guaranteed to them in the Colombian Constitution.

65 THOMAS (n 19), p. 8.

66 Laura DOMINIQUE KNÖPFEL, «Contesting the UN Guiding Principles on Business and Human Rights from Below», Working Paper 4/2017, Swiss Peace, 2017.

67 *ibid*; Magali BOBBIO, Luciana CUMPA GARCÍA NARANJO y Mario URUEÑA SÁNCHEZ, «Algunas reflexiones sobre la doctrina de la responsabilidad de proteger», *REDIC*, vol. 2, 2019.

to inform states and business behaviours as well as be seen as a useful tool for victims. These questions are, among many others: which are the aims and limits of international regulation, especially related to conflict affected contexts? What political and economic premises are informing these international developments? Is it necessary to engage with the local perspectives and include a case-by-case approach? Who is present and who needs to participate in the decision-making processes? Are all voices and power imbalances between those being considered? What should be expected from businesses in these contexts? And, more specifically, what is expected from a weakened state that, even though currently has a more progressive government, does not control all the territory, lacks capacity building and resources for its civil servants, investigators, and prosecutors, tries to prioritize economic development and has been historically linked to and influenced by political and economic elites⁶⁸?

Nationally, apart from structural changes that the state needs to address –the possible decentralization of power and the lack of control in some territories, the end of prioritization of liberal practice and the criminalization of human rights defenders, the capacity building and resources for public and civil servants, etc.– the new government should consider what can be done with less complexity in terms of business accountability. Is it possible to develop a NAP that accepts and explains the role of corporations in the conflict and post-conflict period? Can that NAP directly propose the creation of a space of dialogue with civil society? Can it remove some barriers to justice for victims in respect to, at least, the non-judicial remedy mechanisms? Can it become a starting point for a future and comprehensive law? The answers and the willingness of the new government to overcome the impunity of business in its country remains to be seen.

V. Concluding remarks

Conflict and post-conflict situations present significant regulatory challenges for the state, including in respect to business accountability for its environmental destruction and human rights abuses. This paper has focused on the post-conflict state of Colombia and its responsibility to protect human rights within the context of business activities through regulations and policies and the role of victims and civil society in face of the state's absence.

In that sense, the study has started with an exposition of the heightened due diligence international framework and briefly concluded that challenges remain in ensuring comprehensive guidance for states and justice for victims. The voluntary nature of the existing UNGPs principles and their inadequate recognition of power imbalances raise doubts about their ability to ensure responsible corporate behaviour in high-risk zones.

Then, the analysis focused on the state of Colombia's adherence to its responsibilities under the UNGPs and specifically their National Action Plan for Business and Human Rights (NAPs) of 2015 and 2020 to integrate the international principles into its national framework. Although the NAPs try to ensure horizontal coherence, in general face criticism for their

68 See e.g., SEAGRAVE (n 37); InSight Crime. Centro de Investigación de crimen organizado, «Élites y crimen organizado en Colombia», IDRC, 2016, available at <https://insightcrime.org/wp-content/uploads/2023/08/Elites_Crimen_Organizado_Colombia.pdf> last accessed 13 November 2023.

state-centric approach, absence of vertical coherence and limited time frame. In addition, the Colombian plans lacked a comprehensive analysis of the role of corporations in the conflict and post-conflict period, emphasized the economic reactivation without a clear prioritization of human rights and the protection of the environment, and raised concerns, especially among civil organizations, about lack of real and effective measures and participation of civil society. These criticisms together with the limited initiative to investigate violations hinders Colombia's fulfilment of its role as a guarantor of human rights.

In face of these absences, the paper then has turned to the role of victims and civil society in search for businesses accountability for its human rights and environmental abuses. Arguing that victims in Colombia are not usually passive receivers of rights, but active actors, the study finds that victims and civil society, through their organisation, has taken on responsibilities attributed to the state such as investigating and denouncing human rights violations by corporations. Moreover, they also advance human rights protection when accessing non-judicial and judicial mechanisms with a vindicative discourse of human rights included in their legal arguments. One example of this dynamic between judges and civil mobilizations is the Constitutional Court's decision SU-123 of 2018. Nevertheless, several challenges remain in implementing court decisions, the fact that exceptional judicial mechanism does not reflect the difficulties of ordinary justice and the barriers that victims encounter when trying to access justice. Furthermore, scepticism surrounds the UNGPs and the due diligence framework among victims and Colombian organisations, which they do not usually resort to the principles or the concept to support their claims and demands.

The criticisms towards the international framework as well as the civil society opposition to the NAPs, contributes to the debate about the format, limits, premises, approach, and content of international principles to inform state's policies and business behaviour effectively and comprehensively in conflict-affected areas. Finally, it also raises questions regarding what can be done by the relatively new government of Gustavo Petro in advancing business accountability in its country. The challenges identified in the NAPs can overcome acknowledging the role of corporations, including precise measures and a civil society forum as well as facilitating access to justice. This, in turn, could pave the way for comprehensive laws in the country. However, the willingness of the state to ensure business accountability concerns the realms of politics, and its future trajectory remains uncertain.

From international 'soft' law to national law: the UNGPs in domestic mandatory human rights due diligence legislation*

DEL DERECHO INTERNACIONAL «BLANDO» AL DERECHO NACIONAL: LOS PRINCIPIOS RECTORES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL OBLIGATORIA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Elena Assenza

Bocconi University, Italy
elena.assenza@phd.unibocconi.it

Abstract: The UNGPs are today considered the authoritative international 'soft' standard on business and human rights. While the UNGPs generally fall within the category of international 'soft' instruments, the last decade has witnessed a wave of national legal developments which seek to convert principles enshrined in the UNGPs into binding obligations for relevant companies under domestic law. The article explores three selected national laws which attempt to 'harden' the corporate responsibility to respect human rights, enshrined in Pillar II of the UNGPs, through the imposition of a legal requirement for relevant companies to exercise human rights due diligence.

Resumen: Hoy en día, los Principios Rectores se consideran la norma *soft* internacional autorizada sobre empresas y derechos humanos. Si bien los PRNU generalmente caen dentro de la categoría de instrumentos internacionales «blandos», la última década ha sido testigo de una ola de desarrollos legales nacionales que buscan convertir los principios consagrados en los PRNU en obligaciones vinculantes para las empresas relevantes según la legislación nacional. El artículo explora tres leyes nacionales seleccionadas que intentan «endurecer» la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, consagrada en el Pilar II de los PRNU, mediante la imposición de un requisito legal para que las empresas relevantes ejerzan la debida diligencia en materia de derechos humanos.

Keywords: corporations, human rights, soft law, human rights due diligence, national legislation, UNGPs.

Palabras Clave: corporaciones, derechos humanos, derecho blando, diligencia debida en derechos humanos, legislación nacional, Principios Rectores.

* This work was presented during the "Research Workshop on Business and Human Rights" (July, 2023), led by Dr. Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ and Dr. Estrella DEL VALLE CALZADA.

I. General introduction

In 2011, the UN Human Rights Council (HRC) adopted the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)¹. The UNGPs distinguish between three sets of principles, or Pillars, which respectively elaborate on the existing international human rights obligations of states to protect human rights against the harmful impacts of business actors (Pillar I), on the responsibilities of business actors to respect human rights (Pillar II), and on the right to effective remedy for victims of corporate adverse human rights impacts (Pillar III). The corporate responsibility to respect, specifically, entails that companies refrain from harmful interferences with individuals' enjoyment of their human rights in the context of their business activities and business relationships. Human rights due diligence (HRDD) is the process envisaged by the UNGPs to help companies avoid causing or contributing to adverse human rights impacts.

The UNGPs belong to the category of so-called 'soft-law' instruments in the field of business and human rights (BHR)², that is, non-legally binding instruments which seek to lay down principles of expected behavior rather than placing obligations binding under international law. While this is true, in recent years, 'hardening' processes of elements of the UNGPs have been on-going at the national level³. These processes have sought to translate into domestic law elements of the UNGPs' corporate responsibility to respect human rights by imposing binding obligations on corporate actors. More specifically, the core component of the corporate responsibility to respect human rights, namely human rights due diligence, has been embodied in legislation in several jurisdictions. These developments are commonly referred to as 'mandatory human rights due diligence' legislation.

The present article explores three selected national laws, which attempt to 'harden' the UNGPs' 'soft' corporate responsibility to respect human rights through the imposition on certain categories of companies of a legal requirement to exercise human rights due diligence. Put differently, the article is concerned with the move in the area of business and human rights from international 'soft' law to national law. It illustrates how norms enshrined in international soft law instruments 'may provide a model for domestic legislation and thus become legally binding internally, while remaining non-binding internationally'⁴, by way of examining

1 UN Doc. A/HRC/17/31, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework: Report of the Special Representative to the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John RUGGIE. 21 March 2011.

2 СНОУДНУРЬ, В., «Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights» in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, 2018, 968-969.

3 Parallel to these developments it should be mentioned that a process to elaborate an international legally binding treaty on business and human rights is ongoing under the auspices of the UN. The treaty process started back in 2014 with the appointment by the UN Human Rights Council (HRC), through Resolution 26/9, of an open-ended intergovernmental working group (OEIGWG) with the mandate to elaborate such instrument. The OEIGWG has so far held nine working sessions and a number of treaty drafts have been negotiated. The latest updated draft of the treaty has been released in July 2023. For an overview of the process see <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>.

4 SHELTON, D., «Soft Law» in *Handbook of International Law*, ARMSTRONG, D. (ed), Routledge, 2008, at 2. See also Chinkin, C., «The Challenge of Soft-Law: Development and Change in International

the alignment between substantive aspects of the three selected legislative instruments and core principles enshrined in the three Pillars of the UNGPs.

The article is structured as follows. Section 2 briefly discusses the emerging trend towards a binding corporate obligation to exercise human rights due diligence at the national level, highlighting some of the reasons behind the call for mandatory corporate human rights due diligence. Section 3 introduces the categories of existing national legislation that broadly deal with business and human rights issues. It then introduces the three selected case studies of national legislation on mandatory human rights due diligence. They constitute the focus of the investigation of the incorporation of the UNGPs into domestic law for a number of reasons discussed below. Section 4 illustrates the substantive aspects of the selected legislation. Section 5 investigates how the selected legislative instruments respectively incorporate into domestic law and reflect specific elements of principles enshrined in the UNGPs. Section 6 provides concluding remarks.

II. The trend towards mandatory corporate human rights due diligence under national law

The UNGPs do not place binding obligations on companies to exercise human rights due diligence as part of their 'responsibility' to respect human rights under Pillar II. However, a trend towards binding corporate obligations to exercise human rights due diligence at the national level has emerged in response both to poor implementation by companies of their 'soft' – that is, non-binding – 'responsibility to respect' and to the perceived failure of international 'soft' law instruments on business and human rights, specifically the UNGPs, to improve standards of business conduct.

As to the corporate implementation of the 'responsibility' to respect human rights, the EU Commission reports that, 'despite the influence of the UNGPs, the actual implementation of due diligence for human rights [...] impacts has been very poor in practice'⁵. Recent studies have shown that many companies do not implement at all human rights due diligence as envisaged by the UNGPs, or although purporting to implement it, 'do not demonstrate practices that meet the [expectations] set by the Guiding Principles'⁶, in not identifying, preventing, or mitigating, human rights risks effectively⁷. The 2020 Corporate Benchmark Assessment shows that almost half of the 229 companies assessed across all sectors failed to score any points with respect

Law» in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989, at 858.

5 See in this regard European Commission, «Study on Due Diligence Requirements through the Supply Chain – Final Report», 2020, at 243. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

6 See Report by UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, UN Doc. A/73/163, July 2018, para. 25.

7 See, in this regard, OHCHR, «UN Human Rights "Issues Paper" on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies», 2020, at 8. Available at: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf.

to the exercise of human rights due diligence⁸. Two years later, in 2022, the same Assessment showed that almost half of the 129 companies examined across three sectors, namely food and agriculture, ICT manufacturing and automotive manufacturing, failed to meet the expectations for the initial steps of the human rights due diligence process envisaged by the UNGPs⁹.

As for those companies that at least purport to implement the responsibility to respect human rights, among weaknesses in corporate human rights due diligence practices the UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises¹⁰ has highlighted the lack of understanding by companies that human rights due diligence should focus on the actual and potential risks to rights-holders, rather than to the business¹¹; the tendency to undertake human rights due diligence processes as a box-ticking exercise, without meaningful engagement of stakeholders, especially vulnerable or at-risk groups¹²; and the failure by companies to address risks beyond first-tier companies in their global supply chains¹³. In response to these weaknesses, the Working Group has recommended that states adopt domestic measures to legally require companies to exercise human rights due diligence¹⁴, so as to 'advance corporate human rights due diligence as part of standard business practice'¹⁵.

The poor implementation of the corporate 'responsibility' to respect human rights has been generally attributed to the non-legally binding character of the UNGPs specifically¹⁶. According to stakeholders, the UNGPs' soft corporate responsibility to respect human rights has fallen short of improving the way in which companies identify and address their human rights adverse impacts¹⁷ because it does not give rise to any legally binding obligations for companies to exercise human rights due diligence¹⁸. The lack of legally binding obligations on

8 World Benchmarking Alliance, *Corporate Human Rights Benchmark 2020: Key Findings*, 3, available at: <https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2020/11/WBA-2020-CHRB-Key-Findings-Report.pdf>.

9 World Benchmarking Alliance, *Corporate Human Rights Benchmark 2022: Insights Report*, 3, available at: https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2022/11/2022-CHRB-Insights-Report_FINAL_23.11.22.pdf.

10 The body of experts established following the adoption of the UNGPs to promote worldwide dissemination and implementation of the instrument.

11 UN Doc. A/73/163, para. 25(a).

12 *Ibid.*, para. 25(c).

13 UN Doc. A/73/163, para. 29.

14 *Ibid.*, para. 93.

15 *Ibid.*

16 See in this regard European Commission, «Study on Due Diligence Requirements through the Supply Chain – Final Report», 2020, at 141, available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

17 Report by ECCJ and CORE, *Debating Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation and Corporate Liability: A Reality Check*, (2020), at 6.

18 European Commission, «Study on Due Diligence Requirements through the Supply Chain – Final Report», 2020, at 243. See also DEVA, S., «Mandatory Human Rights Due Diligence Laws in Europe: A Mirage for Rightsholders?» in *Leiden Journal of International Law*, 2023, at 10: 'as business responsibility to respect human rights under Pillar II is voluntary, conducting HRDD is also non-obligatory for businesses. This is a major limitation because market pressures or courts of public opinion do not always work against all enterprises'.

human rights due diligence is alleged to have 'allowed corporations to continue to disregard appalling human rights abuses [...] taking place throughout their global value chains'¹⁹. In light of this, it has been argued that introduction of legal obligations is necessary in the area of human rights due diligence, 'where progress resulting from voluntary measures has been slow'²⁰. The UN Working Group has observed that voluntary instruments are inadequate to address existing weaknesses in business human rights due diligence practices, and has highlighted the need for 'enhanced [...] regulatory action to address business-related human rights impacts across sectors and global value chains', for instance through mandatory human rights due diligence requirements²¹.

III. National laws in the area of business and human rights

The perceived necessity to impose human rights obligations binding on companies under domestic law has borne fruit in a number of EU and non-EU jurisdictions since the adoption of the UNGPs in 2011. Domestic legislation in the area of business and human rights differs in terms of the types of obligations it places on companies. Some impose loose reporting obligations. Some create specific obligations to exercise human rights due diligence with respect to certain risks associated with business activities. Other impose overarching obligations to exercise human rights due diligence and to disclose the human rights due diligence process, in some cases with potential civil liability attached for failure to comply with these obligations²².

The purpose of the present section of the article is two-fold. First, the section briefly introduces the categories of existing domestic legislation that deals with business and human rights issues. Second, the section introduces the three selected examples of national legislation on mandatory human rights due diligence that constitute the focus of the analysis undertaken later in the article. It also explains why the three specific instruments are selected for the purpose of the article.

The categories of existing domestic legislation in business and human rights

Different categories of existing legislation in the area of business and human rights can be distinguished. The first category comprises domestic legislation that requires reporting

19 Report by ECCJ and CORE, *Debating Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation and Corporate Liability: A Reality Check*, (2020), at 4.

20 World Benchmarking Alliance, *Corporate Human Rights Benchmark 2022: Insights Report*, at 5. Available at: https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2022/11/2022-CHRB-Insights-Report_FINAL_23.11.22.pdf. See also Report by ECCJ and CORE, *Debating Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation and Corporate Liability: A Reality Check*, (2020), at 6.

21 Press Release, UN OHCHR, «UN experts welcome new study on corporate human rights due diligence», March 2020, available at <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/03/un-experts-welcome-new-study-corporate-human-rights-due-diligence?LangID=E&NewsID=25758>.

22 MARTIN-ORTEGA, O., «Transparency and Human Rights in Global Supply Chains: From Corporate-led Disclosure to a Right to Know» in *Research Handbook on Global Governance, Business and Human Rights*, Marx A, Calster GV and Wouters J (eds), Edward Elgar, 2022, at 106.

by companies but does not specifically mandate the exercise of human rights due diligence. Legislation in this category places on high-earning domestic companies and foreign companies carrying out business or part of a business on the territory of the regulating state a requirement to report on their business activities and on the steps taken to address certain risks in their own business activities and in the context of their supply chains. Examples of such instruments are the 2015 UK Modern Slavery Act²³ and the 2018 Australian Modern Slavery Act²⁴.

The second category of existing domestic legislation in the area of business and human rights comprises instruments that place on certain categories of national and foreign companies a requirement to carry out human rights due diligence in order to prevent certain human rights risks associated with business activities and to report on the due diligence measures adopted to prevent those risks. An example of these legislative instruments is the 2019 Dutch Child Labor Due Diligence Act²⁵.

-
- 23 UK Modern Slavery Act 2015 (2015 c. 30). The legislation requires high-earning commercial organizations, wherever incorporated, undertaking activities or part of their activities in the UK to prepare a slavery and human trafficking statement for each financial year of the organization. The statement must include the steps that the organization has taken during the financial year to ensure that slavery and human trafficking is not taking place in any of its supply chains and in any part of its own business or it must declare that the organization has taken no such steps. If the organization has a website, it must publish the slavery and human trafficking statement there. See Part 6 in the legal text for the specific reporting requirements regarding transparency in supply chains, available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/enacted#:~:text=An%20Act%20to%20make%20provision,Commissioner%3B%20and%20for%20connected%20purposes>. For a more thorough analysis of the legal instrument see, *inter alia*, CHIUSI CURZI, L. and MALAFOSSE C., «A Public International Law Outlook on Business and Human Rights» in *International Community Law Review*, vol. 11, 2022, 22; MACCHI, C. and BRIGHT, C., «Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation» in *Legal Sources in Business and Human Rights - Evolving Dynamics in International and European Law*, Buscemi M, Lazzarini N and Magi L (eds), Brill, 2020, 5; MARTIN-ORTEGA, O., «Transparency and Human Rights in Global Supply Chains: From Corporate-led Disclosure to a Right to Know» in *Research Handbook on Global Governance, Business and Human Rights*, Marx A, Calster GV and Wouters J (eds), Edward Elgar, 2022, 100.
- 24 Australian Modern Slavery Act 2018 (No. 153, 2018). The legislation requires entities based or operating in Australia, with an annual consolidated revenue of more than \$100 dollars to produce annual statements on modern slavery, “describing the risks of modern slavery in the operations and supply chains of reporting entities and entities owned or controlled by those entities”. The statement must also ‘describe the actions taken by the reporting entity and any entity that the reporting entity owns or controls, to assess and address those risks’. See Part 2 in the legal text, available at: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>.
- 25 Netherlands Kamerstukken I, 2016/17, 34 506, A. The legislation requires companies registered in the Netherlands, as well as foreign companies which provide goods and services to Dutch customers, to exercise due diligence in order to identify and prevent the risk of child labor in their supply chains. More specifically, companies are required to investigate whether there is a reasonable suspicion that the goods and services supplied to Dutch consumers are produced with child labour. In the event of a reasonable suspicion, the company must draw up and implement an action plan. The Act also requires companies to produce a statement declaring that they are exercising appropriate due diligence in order to prevent child labour. For a more detailed analysis of the law see MCCORQUODALE R, ‘Human Rights Due Diligence Instruments: Evaluating the Current

The third category of domestic legislation in the area of business and human rights comprises instruments that place on certain categories of companies an all-encompassing human rights due diligence obligation, rather than an obligation to carry out human rights due diligence with respect to specific types of corporate-related human rights risks. Legislation of this kind, already adopted in a number of states in Europe, includes the 2017 French Duty of Vigilance Law, the 2021 German Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains Act, and the 2021 Norwegian Transparency Act. These three legislative instruments on mandatory human rights due diligence ('HRDD') are examined in the article.

The three selected laws on mandatory HRDD

The national legislation on mandatory human rights due diligence adopted in France, Germany, and Norway constitutes the focus of the present analysis for several reasons.

First, the laws selected are all attempts to incorporate into domestic law the corporate responsibility to respect human rights enshrined in Pillar II of the UNGPs by way of an all-encompassing legal requirement for certain categories of company to exercise human rights due diligence. The other existing legislation in the area of business and human rights either only requires reporting by businesses without specifically mandating the exercise of human rights due diligence or requires the exercise of human rights due diligence only with respect to specific business-related human rights risks. The legislation enacted in France, Germany, and Norway supplements reporting obligations with an obligation to exercise human rights due diligence, in line with the UNGPs²⁶. It also imposes on companies an obligation to exercise human rights due diligence in relation to actual and potential adverse impacts on all internationally recognized human rights, again in line with the UNGPs²⁷.

A second reason for focusing on the three selected laws is that all three have been explicitly characterized by the states in question as tools to implement and give effect at the domestic level to the UNGPs and, in particular, to the corporate responsibility to respect human rights. The French and German laws on mandatory human rights due diligence are both referred to in the respective National Action Plans (NAP) on Business and Human Rights of France²⁸ and Germany²⁹ as important measures to implement the UNGPs nationally. For its part, while

Legislative Landscape' in Marx A and others (eds), *Research Handbook on Global Governance, Business and Human Rights* (Edward Elgar Publishing 2022), at 135-136. See also MACCHI, C. and BRIGHT, C., «Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation» in *Legal Sources in Business and Human Rights - Evolving Dynamics in International and European Law*, Buscemi M, Lazzarini N and Magi L (eds), Brill, 2020, at 10.

26 This is examined under Section 5.

27 The UNGPs provide that the corporate responsibility to respect human rights, through the exercise of human rights due diligence, covers all internationally recognized human rights, given that corporate actors can virtually have an impact on the entire spectrum of internationally recognized human rights. See Commentary to Principle 12.

28 Section 10 'Reinforcement of Legislation', at 24. French NAP available at: <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2017/11/france-nap-english.pdf>.

29 German National Action Plan on Business and Human Rights (2016-2020), at 10: "If fewer than 50 % of the enterprise [...] have incorporated the elements of human rights due diligence [...] into their corporate processes by 2020, the Federal Government will consider further action, which

Norway's National Action Plan does not specifically refer to the Transparency Act among the measures to implement the UNGPs domestically, the report accompanying the introduction of the Act into the Norwegian Parliament states that one of main purposes of the legislation is to 'promote enterprises' respect for fundamental rights'³⁰, as envisaged in international standards, including the UNGPs. Furthermore, the Act's drafting committee observed that the Transparency Act would cement in domestic law the expectations and requirements on corporate human rights responsibilities found in international standards and guidelines, among them the UNGPs³¹.

The third reason for selecting the laws of France, Germany and Norway is the overall alignment between substantive aspects of these laws and a number of principles in the three Pillars of the UNGPs. Among other examples, the three instruments place on certain categories of company an obligation to undertake human rights due diligence processes whose substantive elements are largely modelled on the principles in Pillar II of the UNGPs³².

IV. Substantive aspects of corporate human rights due diligence legislation in France, Germany and Norway

The present section of the article provides an outline of each of the selected domestic laws on mandatory human rights due diligence. The following subsections look respectively at the instruments adopted in France, Germany and Norway, with a focus on the scope of application of the instruments, the types of obligations set forth, the scope of these obligations, and the enforcement and liability mechanisms established.

may culminate in legislative measures". NAP available at: <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2018/04/germany-national-action-plan-business-and-human-rights.pdf>. Additionally, the National Baseline Assessment (NBA) Report commissioned by the Federal Foreign Office for the purpose of updating the current German NAP, provides that, with regards to the domestic operationalization of Pillar II of the UNGPs, the updated version of the NAP on business and human rights should focus specifically on the German Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains. See https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Analyse_Studie/Analysis_National_Baseline_Assessment.pdf, at 15.

30 See *Act Relating to Enterprises' Transparency and Work on Fundamental Human Rights and Decent Working Conditions (Transparency Act), Recommendation from the Ministry of Children and Families*, Prop. 150 L, April 2021, at 6. Available at: <https://www.forbrukertilsynet.no/wp-content/uploads/2022/07/prop-150-transparency-act-1.pdf>.

31 See Report by the Ethics Information Committee, *Supply Chain Transparency: Proposal for an Act regulating Enterprises' transparency about supply chains, duty to know and due diligence* (November 2019), 33-35. Available at: <https://www.regjeringen.no/contentassets/6b4a42400f3341958e0b62d40f484371/ethics-information-committee--part-i.pdf>.

32 Albeit with some distinctions, which are discussed in more detail in Part III.

The French law on the duty of vigilance³³

The French Law on the Duty of Vigilance was the first legislation worldwide on mandatory corporate human rights due diligence³⁴. It was adopted in 2017 at the end of a four-year long legislative process. It has been called the 'best known and far reaching'³⁵ domestic regime on mandatory human rights due diligence and 'a historic step forward for the corporate accountability movement'³⁶. The Law is referred to in the French National Action Plan (NAP) on Business and Human Rights as one of the measures adopted by France to implement the UNGPs at the domestic level³⁷, specifically through the establishment of a 'duty of vigilance' on certain categories of parent companies to identify and prevent adverse impacts on the enjoyment of human rights in the context of their own activities and in their business relationships³⁸, in line with the UNGPs³⁹.

The Law places on large companies with registered office in French territory and other large companies with registered office in French territory or abroad⁴⁰ a tripartite obligation of vigilance or due diligence⁴¹. Companies falling within the scope of the law are required to

33 Unofficial translation into English available at <https://respect.international/wp-content/uploads/2017/10/ngo-translation-french-corporate-duty-of-vigilance-law.pdf>.

34 BRIGHT, C. and others, «Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?» in *Business and Politics*, vol. 22, 2020, at 685.

35 OHCHR, 'UN Human Rights "Issues Paper" on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies' (June 2020), at 3. Available at: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf.

36 COSSART S, CHAPLIER J and LOMENIE TBD, «The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All» in *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2017, at 317.

37 National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Human Rights, France (26 April 2017), at 24. Available at: <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2017/11/france-nap-english.pdf>.

38 MACCHI, C. and BRIGHT, C., «Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation» in *Legal Sources in Business and Human Rights - Evolving Dynamics in International and European Law*, BUSCEMI M, LAZZERINI N and MAGI L (eds), Brill, 2020, at 12.

39 Assemblée Nationale, XIVE Legislature, 'Compte rendu intégral, Première séance du lundi 30 mars 2015' (2015), available at: <https://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2014-2015/20150193.asp>.

40 "Any company that at the end of two consecutive financial years employs at least 5,000 employees within the company and its direct or indirect subsidiaries, whose head office is located on French territory, or that has at least 10,000 employees in its service and in its direct or indirect subsidiaries, whose head office is located on French territory or abroad". See Article 1 of the Duty of Vigilance Law.

41 It should be noted that the terminology used in the legal text to refer to human rights due diligence is 'reasonable vigilance' (*vigilance raisonnable*). It has been noted that the concept of vigilance allows to translate more appropriately the concept of human rights due diligence envisaged by the UNGPs into French Law. Even if different terminologically, the substantive aspects of the vigilance obligations reflect the components of human rights due diligence in Pillar II of the UNGPs. See, in this regard, MACCHI, C. and BRIGHT, C., «Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation» in *Legal Sources in Business and Human Rights - Evolving Dynamics in International and European Law*, BUSCEMI M, LAZZERINI N and MAGI L (eds), Brill, 2020, at 13.

develop, implement and disclose a vigilance plan with certain extraterritorial implications⁴². The vigilance plan has to cover the company's own activities, the activities of subsidiaries it directly or indirectly controls, and the activities of subcontractors and suppliers further down the supply chain with whom the company maintains an established commercial relationship. The concept of 'control over a company' in the Law is referable to Article L.233-16 of the French Commercial Code, which specifies that exclusive control by a company over another entity results from a number of factors, among them the right to exercise a dominant influence over a company by virtue of contract or statutory clauses⁴³. By 'established commercial relationships', the Law means 'a stable, regular commercial relationship, taking place with or without contract, with a certain volume of business, and under a reasonable expectation that the relationship will last'⁴⁴.

The purpose of the vigilance plan is to enable companies falling within the scope *ratione personae* of the legislation to identify and prevent risks to human rights and fundamental freedoms, health, and safety⁴⁵ resulting from their own activities and the activities of companies under their control or with whom they maintain commercial relationships. To this end, the vigilance plan must include a number of substantive elements⁴⁶, among them measures to identify actual and potential risks linked to the company, the companies it controls, and business partners; measures to prevent the risks identified; a mechanism to assess regularly the situation of subsidiaries, as well as of subcontractors and suppliers with whom the company has commercial relationships; and a monitoring scheme to follow up on the measures adopted and to assess their efficacy. In addition to the obligation to draft and implement the vigilance plan, companies are required to disclose publicly their due diligence plan⁴⁷.

In the event of failure to comply with their obligations of vigilance, injunctions can be sought to compel companies to develop, implement and disclose their vigilance plan⁴⁸. The Law establishes a civil liability regime that allows adversely affected parties to initiate proceedings in negligence whenever a company's failure to comply with its obligations of vigilance results in harm. A company that fails to comply with its obligations 'shall be held liable and obliged to compensate for any harm that due diligence would have permitted to avoid'⁴⁹. The burden of proof remains with the claimant, who needs to prove harm, a breach of the company's due

42 As discussed further below, this refers mainly to the fact that the vigilance plan that enterprises falling within the scope of the Duty of Vigilance Law must draft and implement not only applies to the activities of the enterprise but also to any activity of entities the enterprise controls or with whom the enterprise has an established commercial relationship, including therefore the activities of entities potentially domiciled and operating outside the territory of France, which is to say extraterritorially.

43 Article L.233-16 – Commercial Code, available at: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000030927205/.

44 COSSART S, CHAPLIER J and LOMENIE TBD, «The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All» in *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2017, at 320.

45 Albeit outside the scope of the chapter, the Law also requires relevant enterprises to exercise due diligence to identify and prevent environmental harm.

46 Article 1 of the Duty of Vigilance Law.

47 *Ibid.*

48 MACCHI, C. and BRIGHT, C., «Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation» in *Legal Sources in Business and Human Rights - Evolving Dynamics in International and European Law*, BUSCEMI M, LAZZERINI N and MAGI L (eds), Brill, 2020, at 14.

49 Article 2 of the Duty of Vigilance Law.

diligence obligations, and a causal link between the harm and the breach⁵⁰. The civil liability regime entered into force only in 2019⁵¹. Since then, however, a number of civil claims have been brought against companies domiciled in France for alleged human rights [and environmental impacts] resulting from their failure to comply with their due diligence obligations⁵².

The German act on corporate due diligence obligations in supply chains⁵³

The German law on mandatory corporate human rights due diligence was published in the Federal Law Gazette⁵⁴ on 22 July 2021, at the end of a legislative process that started back in 2019⁵⁵. Debates on the potential introduction of binding human rights due diligence

50 COSSART S, Chaplier J and LOMENIE TBD, «The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All» in *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2017, at 321.

51 MACCHI, C. and BRIGHT, C., «Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation» in *Legal Sources in Business and Human Rights - Evolving Dynamics in International and European Law*, BUSCEMI M, LAZZERINI N and MAGI L (eds), Brill, 2020, at 14.

52 The following cases are pending and no decisions on actual violations of due diligence obligations under the Law have been made. (1) In *Friends of the Earth et al. v. Total*, brought in 2019 and the first case tested under the legislation, six NGOs sued oil company Total over a project in Uganda and Tanzania, for the alleged failure to take into account the project's potential human rights and environmental impacts. Total was requested to provide a vigilance plan for the oil project, in accordance with its obligations under the Duty of Vigilance Law, which includes the measures to prevent serious violations of human rights as well as environmental damage. After four years since the beginning of legal proceedings, in February 2023, a French civil court has ruled the case 'inadmissible' on procedural grounds, stating, *inter alia*, that the NGO plaintiffs did not correctly follow court procedures against Total. See, in this regard, <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/total-lawsuit-re-failure-to-respect-french-duty-of-vigilance-law-in-operations-in-uganda/> (2) In *Envol Vert et al. v. Casino*, brought in 2021, French supermarket chain Casino was sued by eleven NGOs for alleged human rights and environmental impacts linked to the company's involvement in the cattle industry in Brazil and Colombia. The claimants require that the company complies with its obligation to produce and implement a duty of vigilance plan, as well as to compensate for damages stemming from the company's failure to comply with its due diligence obligations. See, in this regard, <http://climatecasechart.com/non-us-case/envol-vert-et-al-v-casino/#:~:text=Summary%3A,environmental%20and%20human%20rights%20harms.> (3) In February 2023, BNP Paribas has been sued under the French Duty of Vigilance Law by three French NGOs alleging that the commercial bank is in breach of its duty of vigilance obligations due to its alleged failure to provide a robust vigilance plan to identify and prevent environmental and human rights risks arising from its activities in the fossil fuel sector. In the same month a second lawsuit has been initiated against the bank under the Duty of Vigilance Law, in this case for the alleged provision of financial services without adequate due diligence to corporations engaged in deforestation, forced labor and violations of indigenous rights. See, in this regard, <https://www.rfi.fr/en/business/20221027-ngos-launch-legal-battle-against-french-bank-bnp-over-fossil-fuel-investment>.

53 Unofficial English text available at <https://www.bmas.de/EN/Services/Press/recent-publications/2021/act-on-corporate-due-diligence-in-supply-chains.html>.

54 See https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl121s2959.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D_1646731666842.

55 For a more detailed account on the several phases of development of the legislation, see <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/german-due-diligence-law/>.

obligations for companies, however, can be traced back to 2016, when Germany adopted its first NAP on Business and Human Rights.

While the NAP included only voluntary measures to implement the UNGPs at the domestic level, it also made it clear, with regards to human rights due diligence, that the introduction of mandatory measures would be considered 'if less than 50 % of German companies with more than 500 employees incorporated the elements of human rights due diligence [in accordance with the UNGPs] into their corporate processes by 2020'⁵⁶. A subsequent review of corporate human rights due diligence practices revealed that 'only 13 to 17 per cent of all companies with more than 500 employees actively applied human rights due diligence'⁵⁷, signaling that companies' compliance with voluntary standards in the area of business and human rights remained insufficient. In light of this, negotiations for a mandatory corporate human rights due diligence legislation officially began, culminating in the enactment in 2021 of the Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains. The legislation officially entered into force at the beginning of 2023.

The Act applies to enterprises with 'central administration, principal place of business, administrative headquarters, or statutory seat' in Germany and with at least 3,000 employees⁵⁸. Additionally, it applies to other enterprises with a domestic branch on German territory and with at least 3,000 employees⁵⁹. From the beginning of 2024, however, the employee threshold will be considerably lower with respect to both domestically-domiciled and other companies, which will fall within the scope of the Act when they employ at least 1,000 individuals instead of 3,000 individuals⁶⁰.

The Act places on the relevant companies an obligation to exercise due diligence in order to identify, prevent and minimize, *inter alia*, any human rights risk in the company's supply chain⁶¹. An enterprise's 'supply chain' encompasses both the activities of an enterprise in its own business area and the activities of direct and indirect suppliers⁶². Human rights-related risks are defined as conditions 'in which there is sufficient probability that a violation of [...] a prohibition is imminent'⁶³. Section 2 of the Act provides an indicative list of human

56 National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Human Rights, Germany (16 December 2016), at 10. Available at: <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2018/04/germany-national-action-plan-business-and-human-rights.pdf>.

57 KRAJEWSKI, M., TONSTAD, K. and WOHLTMANN, F., «Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction? » in *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, 2021, at 552.

58 Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, General Provisions, Section 1, Scope of Application.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.* In this regard, it is expected that the Law covers approximately 900 companies at the beginning of 2023, and 4,800 companies at the beginning of 2024. See KRAJEWSKI, M., TONSTAD, K. and WOHLTMANN, F., «Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction? » in *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, 2021, at 553.

61 *Ibid.*, Due Diligence Obligations, Section 3.

62 Definitions, Section 2(5).

63 Definitions, Section 2(2) and Section 2(3).

rights-related prohibitions, which includes prohibitions in the area of child labor, forced labor, employment, and discrimination⁶⁴.

The due diligence obligation includes five relevant requirements⁶⁵. The first requirement is the establishment of an appropriate and effective risk management system to allow the enterprise to comply with its due diligence obligations. An 'effective' risk management system is one that enables the enterprise to identify and minimize human rights risks and to prevent, end or minimize human rights-related violations if the enterprise has caused or contributed to these risks or violations within the supply chain⁶⁶.

As part of risk management, the second requirement is the performance of appropriate risk analyses to identify human rights risks resulting from the enterprise's own area of business and that of its direct suppliers⁶⁷.

If the enterprise identifies a risk in the course of a risk analysis, the third due diligence requirement is the adoption of preventive measures by the enterprise in its own area of business and that of its direct suppliers⁶⁸. In the specific case of preventing human rights risks in the activities of direct suppliers, the enterprise must consider, *inter alia*, human rights-related expectations when selecting a direct supplier and the adoption of contractual assurances from the entity that it will comply with the expectations required by the enterprise and address them along the supply chain⁶⁹.

If, in spite of preventive measures, a violation of human rights-related obligation has nonetheless occurred or is imminent in the enterprise's own business area or that of a direct supplier, the fourth due diligence requirement is to adopt immediately remedial measures to end or minimize the violation⁷⁰. When a violation results in the business area of the enterprise, the Act requires enterprises to bring the violation to an end. When a violation results in the context of direct suppliers' activities, and the enterprise cannot bring the violation to an end, it is required to minimize the violation without undue delay. The termination of the business relationship with the direct supplier is considered a last resort, required only if the violation is very serious, the measures adopted do not remedy the situation, and less severe measures are not available⁷¹.

64 Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, Definitions, Section 2. Each of the prohibitions included in Section 2 refers to specific provisions included in international and domestic human rights standards. Although outside the scope of the chapter, it should be specified that the Act also requires enterprises to exercise due diligence in relation to environmental risks. The Act provides examples of environment-related prohibitions, including the prohibitions to manufacture mercury-added products, to produce and use chemicals, to collect and dispose of waste in a manner that is not environmentally sound, and to export hazardous waste.

65 *Ibid.*, Due Diligence Obligations, from Section 3 to Section 9.

66 *Ibid.*, Section 4.

67 *Ibid.*, Section 5. Section 2 of the Act defines a 'direct supplier' as 'a partner to a contract for the supply of goods or the provision of services whose supplies are necessary for the production of the enterprise's product or for the provision and use of the relevant service'.

68 *Ibid.*, Section 6.

69 *Ibid.*

70 *Ibid.*, Section 7.

71 *Ibid.*

The fifth and final due diligence requirement is the establishment of a complaints procedure to enable persons to report potential human rights risks, as well as violations of human rights-related or environment-related obligations enshrined in the Act resulting from the company's activities in its own business area or those of its direct suppliers⁷².

The requirements of the due diligence obligation in the Act apply primarily to the activities of an enterprise in its own business area and those of its direct suppliers. With regards to the activities of indirect suppliers, which fall within the meaning of 'supply chain'⁷³ in the Act and, therefore, within the scope of the due diligence obligations⁷⁴, the legislation sets forth an obligation for enterprises to set up a complaints mechanism to allow persons to report potential risks and violations of obligations resulting from the activities of these entities. Only if the enterprise has obtained 'substantiated knowledge' that a violation of human rights-related obligations by an indirect supplier 'may be possible'⁷⁵ is it required to follow the five due diligence requirements⁷⁶. Where, in contrast, the enterprise does not have 'actual indications that suggest that a violation of a human rights-related obligation by indirect suppliers may be possible'⁷⁷, it is not obliged to conduct due diligence in relation to these entities⁷⁸.

The fulfillment of the due diligence obligations must be documented by the enterprise on a regular basis. Under Section 10, the Act places a separate reporting requirement on enterprises to draft an annual report on the fulfillment of their due diligence obligations in the previous financial year and make it available on the enterprise's website. The report must state whether the company has identified any human rights risk, or any violation of the human rights-related obligations stipulated in the Act. It must also include the measures adopted to fulfill the due diligence obligations and an assessment of the impact and effectiveness of such measures⁷⁹.

In contrast to the French Duty of Vigilance Law, the German Act does not establish a civil liability regime for harm resulting from enterprises' failure to comply with their due diligence obligations. As a result of political compromises during the legislative process⁸⁰, the final draft of the Act specifically contains a provision⁸¹ which excludes the possibility that violations of due diligence obligations enshrined in the Act give rise to any liability under civil law⁸². Any

72 *Ibid.*, Section 8.

73 Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, Section 2(5).

74 *Ibid.*, Section 3(1).

75 *Ibid.*, Section 9.

76 *Ibid.*

77 *Ibid.*

78 KRAJEWSKI, M., TONSTAD, K. and WOHLTMANN, F., «Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?» in *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, 2021, at 556.

79 Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, Section 10.

80 KRAJEWSKI, M., TONSTAD, K. and WOHLTMANN, F., «Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?» in *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, 2021, at 558.

81 Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, Section 3(3).

82 Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, Division 2, Section 3(3).

liability arising independently of the Act remains unaffected, meaning that enterprises might still face legal claims on the basis of general tort law⁸³.

Monitoring and enforcement of the Act falls to the Federal Office for Economic Affairs and Export Control (BAFA)⁸⁴. This administrative agency is responsible for receiving and assessing the reports prepared by enterprises where, pursuant to their due diligence obligations under the Act, potential human rights and environmental risks are identified and preventive measures are laid out. In terms of sanctions, for companies that fail to comply with their due diligence obligations intentionally or by negligence the Act envisages the imposition of administrative fines⁸⁵ and the possibility of being excluded 'from participation in a procedure for the award of a supply, works or service contract [...] until they have proved that they have cleared themselves'⁸⁶.

The Norwegian transparency act⁸⁷

On the same day that Germany adopted its legislation on mandatory human rights due diligence, the Norwegian Parliament passed a law relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions, commonly referred to as the 'Transparency Act'⁸⁸. In response to call by various civil society organizations and NGOs "for a law that would give a right to information about working conditions at production sites"⁸⁹, the Norwegian Government appointed in 2018 the Ethics Information Committee, with the mandate, *inter alia*, "to examine whether it is possible and predictable to impose a duty on enterprises to provide information to consumers and organizations about their production sites, and how they exercise responsible business conduct and manage their supply chains"⁹⁰. In the final Report presented to the Government, the Committee stressed the importance of national legislation on corporate transparency and due diligence in supply chain, observing:

"Transparency can serve as a competitive advantage. Benefits may include enhanced reputation, motivated employees, greater efficiency, legal compliance, and improved access to capital [...] Today enterprises increasingly recognize the need for transparency about the production of goods and services, and their responsibilities also when

83 KRAJEWSKI, M., TONSTAD, K. and WOHLTMANN, F., «Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?» in *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, 2021, at 558.

84 Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, Division 6, Section 19(1).

85 *Ibid.*, Division 6, Section 24.

86 *Ibid.*, Division 5, Section 22(1).

87 Full text available at <https://www.regjeringen.no/contentassets/c33c3faf340441faa7388331a735f9d9/transparency-act-english-translation.pdf>.

88 KRAJEWSKI, M., TONSTAD, K. and WOHLTMANN, F., «Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?» in *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, 2021, at 550.

89 *Ibid.*, at 551.

90 See Report by the Ethics Information Committee, *Supply Chain Transparency: Proposal for an Act regulating Enterprises' transparency about supply chains, duty to know and due diligence* (November 2019), 9. Available at: <https://www.regjeringen.no/contentassets/6b4a42400f3341958e0b62d40f484371/ethics-information-committee--part-i.pdf>.

it comes to the supply chain [...] An Act regulating transparency about supply chain and due diligence with respect to human rights and decent work is an appropriate answer to some of the most crucial challenges of our time"⁹¹.

Along with its final report, the Committee presented in 2019 the draft Transparency Act, which was later submitted to the Norwegian parliament and enacted in 2021⁹². The Transparency Act officially entered into force on 1 July 2022.

The Transparency Act applies to larger Norwegian enterprises which offer goods and services in or outside Norway and to larger foreign enterprises that offer goods and services in Norway⁹³. The term 'larger enterprises' refers to enterprises as defined in the Accounting Act or that satisfy two of three criteria, namely sales revenues in excess of NOK 70 million, a balance sheet total in excess of NOK 35 million, and an average number of employees in the financial year in excess of 50 full-time equivalent⁹⁴. The Act provides that parent companies shall be considered 'larger enterprises', within the scope of the Act, if the criteria above are satisfied for 'the parent company and subsidiaries as a whole'⁹⁵.

The Act places on these enterprises two main substantive obligations, referred to as the 'duty to carry out due diligence' and the 'duty to account for due diligence' respectively.

In accordance with the first, the relevant enterprises are obliged to carry out human rights due diligence in accordance with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises⁹⁶. Due diligence is defined by implicit reference to the six due diligence steps envisaged in the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct⁹⁷. First, enterprises are required to embed responsible business conduct in their policies⁹⁸. Second, they are required to identify and assess actual and potential adverse impacts on fundamental human rights⁹⁹ and decent working conditions¹⁰⁰ that the enterprise may cause or contribute to or that are directly linked to the enterprise's operations, products or services via the supply chain¹⁰¹ or

91 *Ibid.*, at 7-8.

92 KRAJEWSKI, M., TONSTAD, K. and WOHLTMANN, F., «Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?» in *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, 2021, at 551-552.

93 Norwegian Transparency Act, Section 2.

94 Norwegian Transparency Act, Section 3(a).

95 *Ibid.*

96 Norwegian Transparency Act, Section 4.

97 Norwegian Transparency Act, Section 4(a) to (f). See <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>.

98 Norwegian Transparency Act, Section 4(a).

99 'Fundamental human rights' encompass internationally recognized human rights enshrined, *inter alia*, in the ICCPR and ICESCR, and in the ILO's core conventions on fundamental principles and rights at work. See Section 3(b).

100 'Decent working conditions' refers to work that safeguards fundamental human rights and health, safety and environment in the workplace, and that provides a living wage. See Section 3(c).

101 The Act defines 'supply chain' as encompassing 'any party in the chain of suppliers and sub-contractors that supplies or produces goods, services or other input factors'. Norwegian Transparency Act, Section 3(d).

Ibid., Section 3(e). The term 'business partner' is defined as 'any party that supplies goods or

business partners¹⁰². When adverse impacts are identified, the third requirement in the due diligence obligation is to implement suitable measures to cease, prevent or mitigate the adverse impacts¹⁰³. The fourth and fifth requirements are to track the implementation and results of measures adopted to prevent and mitigate adverse impacts¹⁰⁴ and to communicate to affected stakeholders how the enterprise is addressing the adverse impacts¹⁰⁵. The final due diligence requirement is to provide for or cooperate in remediation and compensation, where this is required, if the enterprise has caused or contributed to adverse impacts¹⁰⁶.

Pursuant to the obligation to account for due diligence, the relevant enterprises must publish an account of how the enterprise carries out due diligence¹⁰⁷. More specifically, enterprises are required to publish on their website an account of due diligence which includes information regarding, first, actual adverse impacts and significant risks of adverse impacts identified through due diligence and, secondly, measures implemented or planned to cease the former or to mitigate the latter, as well as the results or expected results of such measures¹⁰⁸. The obligation to account for due diligence is linked to another provision of the Act, which deals with individuals' right to information¹⁰⁹. Section 6 provides that, upon request, 'any person has the right to information from an enterprise regarding how the enterprise addresses actual and potential adverse impacts'¹¹⁰ pursuant to their due diligence obligations. The right to information includes 'both general information and information relating to a specific product or service offered by the enterprise'¹¹¹. Only under certain circumstances may the enterprise deny a request for information¹¹².

Like the German Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, the Norwegian Transparency Act does not provide for a civil liability regime for harm resulting from enterprises' non-compliance with due diligence obligations. The Norwegian Consumer Authority is tasked with monitoring compliance by enterprises with the provisions of the Act¹¹³ and with seeking to influence enterprises to comply with their obligations¹¹⁴ and to cease illegal conduct in the event of breach of the Act¹¹⁵. For enterprises that fail to comply with their obligations to carry out and to account for due diligence, the Consumer Authority may issue

services directly to the enterprises, but that is not part of the supply chain'.

102 *Ibid.*, Section 4(b).

103 *Ibid.*, Section 4(c).

104 *Ibid.*, Section 4(d).

105 *Ibid.*, Section 4(e).

106 *Ibid.*, Section 4(f).

107 *Ibid.*, Section 5.

108 *Ibid.*, Section 5(b) and 5(c).

109 *Ibid.*, Section 6.

110 *Ibid.*

111 *Ibid.*

112 These circumstances include when (1) the request does not provide a sufficient basis for identifying what the request concerns; (2) the request is clearly unreasonable; (3) the requested information concerns data relating to an individual's personal affairs; and (4) the requested information concerns data that is important to keep secret in the interest of the person whom the information concerns. See Section 6(a)-(d).

113 *Ibid.*, Section 9.

114 *Ibid.*

115 *Ibid.*

prohibitions and orders and may establish enforcement penalties¹¹⁶. For repeated failure to comply with the obligation to account for due diligence, the obligation to disclose upon individuals' request or the obligation to provide access to the relevant information in a timely manner, infringements penalties may be imposed on the enterprise, as well as on natural persons acting on behalf of the enterprise¹¹⁷.

V. The UNGPs in due diligence legislation in France, Germany and Norway

The aim of the present section of the article is to highlight how the UNGPs, as a 'soft' law instrument, have influenced the making of the selected domestic human rights due diligence laws and informed substantive aspects of the laws. To this end, the following subsections highlight the extent to which the laws enacted in France, Germany and Norway reflect elements of the UNGPs by examining selected principles enshrined in the three Pillars of the instrument. With regards to Pillar II specifically, they examine how the three laws transform the non-binding corporate responsibility to respect into a binding obligation to exercise human rights due diligence at the domestic level.

Subsection 1 examines selected principles in Pillar I, which deals with the state duty to protect human rights in the context of business activities. Subsection 2 examines principles found in Pillar II of the UNGPs, which deals with the responsibility of companies to respect human rights. Finally, Subsection 3 examines how principles found in Pillar III, on access to remedies, inform substantive aspects of the three laws.

Pillar I: The state duty to protect

The three legislative instruments examined in the article are informed by core principles belonging to the state duty to protect human rights in Pillar I of the UNGPs. What follows focuses on selected principles.

Principles 1 and 2

Pillar I of the UNGPs reaffirms the existing international human rights obligations binding on states with respect to the conduct of business entities within their territory or, depending on the language of the relevant treaty provision, jurisdiction. States are required to secure to everyone within their territory or territory under their jurisdiction the enjoyment of internationally-protected human rights against any adverse impacts resulting from the activities there of business entities. Principle 1 in the UNGPs provides that, in order for states to discharge this obligation, they are required to take appropriate steps to 'prevent, investigate, punish and redress' corporate adverse human rights impacts within their territory or jurisdiction. The commentary to Principle 1 elaborates on this, saying that, while states generally have discretion in deciding upon these appropriate steps, they should consider

116 *Ibid.*, Sections 12 and 13.

117 *Ibid.*, Section 14.

preventative and remedial measures such as 'effective policies, legislation, regulations and adjudication'. The specific requirement to prevent corporate adverse human rights impacts within their territory or jurisdiction entails a positive duty to adopt preventative measures at the domestic level, including the enactment of effective legislation aimed at strengthening business respect for human rights, that is, ensuring that business enterprises do not interfere with individuals' enjoyment within their territory or jurisdiction of their human rights.

As part of their duty to protect, Principle 2 provides that states should 'set out clearly the expectation that all business enterprises domiciled in their territory and/or jurisdiction respect human rights throughout their operations'¹¹⁸. With respect to home states specifically, the commentary to Principle 2 provides that, while 'not generally required under international human rights law to regulate the extraterritorial activities of businesses domiciled in their territory and/or jurisdiction', 'there are strong policy reasons for home States to set out clearly the expectation that businesses [domiciled in their territory and/or jurisdiction] respect human rights abroad'¹¹⁹.

The laws enacted in France, Germany and Norway are arguably examples of tools whereby states set out clearly, as urged by Principle 2 of the UNGPs, the expectation that businesses respect human rights throughout their operations. But more than setting out mere 'expectations' to respect, they mandate business respect for human rights at the domestic level through the creation of a legal requirement to exercise human rights due diligence to identify, prevent and mitigate adverse human rights impacts in the context of business enterprises' activities and business relationships. The French Duty of Vigilance Law is specifically referred to in the country's NAP as one of the regulatory legislative measures adopted by France to give effect to the corporate responsibility to respect human rights under domestic law¹²⁰. The German Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains is referred to in the NBA Report¹²¹ as the key legislative instrument to implement under national law the corporate responsibility to respect human rights. Lastly, while not specifically referred to in the country's NAP, the preparatory works of Norway's Transparency Act have clarified that one of the purposes of the legislation is to foster business respect for fundamental human rights under national law, in accordance with international standards, among others the UNGPs¹²².

118 UNGPs, Principle 2.

119 Commentary to Principle 2.

120 Section 10 'Reinforcement of Legislation', at 24. French NAP available at: <https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2017/11/france-nap-english.pdf>. See also Report No. 2578, French National Assembly, *Proposition de Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, February 2015. The report clarifies that the overall purpose of the proposed legislation is to make enterprises responsible in order to prevent the occurrence of tragedies in France and abroad. Available at <https://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2578.asp>.

121 The National Baseline Assessment (NBA) Report commissioned by the Federal Foreign Office for the purpose of updating the 2016 German NAP, provides that, with regards to the domestic operationalization of the corporate responsibility to respect human rights, enshrined in Pillar II of the UNGPs, the updated version of the NAP on business and human rights should focus specifically on advancing the implementation of the German Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains. See https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Analyse_Studie/Analysis_National_Baseline_Assessment.pdf, at 15.

122 See Report by the Ethics Information Committee, *Supply Chain Transparency: Proposal for an Act regulating Enterprises' transparency about supply chains, duty to know*

The commentary to Principle 2 observes that one approach adopted by states to 'set out clearly the expectation that businesses respect human rights throughout their operations' is the enactment of 'domestic measures with extraterritorial implications'¹²³. Examples include domestic legislative measures that place on parent companies obligations to report in the regulating state on the global activities of the entire enterprise¹²⁴, therefore including the activities of entities potentially located and operating on the territory of states other than the regulating state.

The laws adopted in France, Germany and Norway are arguably examples of domestic measures with extraterritorial implications mentioned in the commentary to Principle 2. The three laws place on enterprises falling within their scope an obligation to undertake human rights due diligence not only in relation to their own business activities, but also in relation to the activities of subsidiaries and entities in their supply chains, irrespective of where these entities are located and operate. In other words, enterprises falling within the scope of the laws are required to exercise human rights due diligence to identify, prevent and mitigate adverse impacts resulting from the activities of entities potentially domiciled and operating outside the respective regulating states, which is to say extraterritorially. These entities are not subject directly to obligations with respect to human rights but their human rights performance is indirectly regulated through the due diligence obligation placed on enterprises subject to the legislative instruments in France, Germany and Norway¹²⁵.

In sum, by placing on the relevant enterprises a territorial obligation to exercise human rights due diligence with respect to the activities of subsidiaries and other entities potentially located outside the regulating states, the laws examined in the chapter arguably reflect at the national level the expectation placed on home states under Principle 2 of the UNGPs, as part of the broader duty of states to protect human rights in the context of business activities enshrined in Principle 1.

Principle 3

Principle 3 of the UNGPs provides guidance on the operationalization of foundational Principles 1 and 2. It elaborates on the exercise by states of their regulatory and policy functions in meeting their obligation to protect human rights via prevention of adverse human rights impacts in the context of business activities. According to Principle 3, states should, among other things, 'address any gaps' in laws that 'are aimed at, or have the effect of, requiring business enterprises to respect human rights', as well as 'provide effective guidance to business enterprises on how to respect human rights throughout their operations'. In general, the commentary suggests that, in meeting their obligation to protect human rights against corporate adverse impacts, states should consider 'a smart mix of measures', including national mandatory measures, aimed at fostering business respect for human rights¹²⁶. Respect by

and due diligence (November 2019), at 4. Available at: <https://www.regjeringen.no/contentassets/6b4a42400f3341958e0b62d40f484371/ethics-information-committee--part-i.pdf>.

123 Commentary to Principle 2.

124 *Ibid.*

125 OHCHR, 'UN Human Rights "Issues Paper" on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies' (June 2020), at 10. Available at: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_DueDiligence_Issues_Paper.pdf.

126 UNGPs, Commentary to Principle 3.

business enterprises for human rights is understood to involve their refraining from causing or contributing to adverse human rights impacts in the context of their business activities and business relationships through the exercise of human rights due diligence, in line with the expectations of Pillar II of the UNGPs¹²⁷.

It can be argued that, as part of the 'smart mix of measures' that states should consider adopting to foster business respect for human rights, states might consider adopting mandatory national measures mandating business respect for human rights through a specific legal requirement for businesses to exercise human rights due diligence in order to identify, prevent and mitigate adverse human rights impacts throughout their operations¹²⁸. Put differently, states might consider 'hardening' the corporate responsibility to respect human rights and its core component, namely human rights due diligence, at the domestic level. In doing so, states would meet the requirement to take appropriate steps to prevent corporate adverse impacts as part of their international obligation to protect human rights in the context of business activities within their territory or jurisdiction.

The three laws examined in the chapter can be included among relevant preventative measures in the 'smart mix of measures', advised by commentary to Principle 3, to foster business respect for human rights at the domestic level.

Principle 3 of the UNGPs suggests that, among measures adopted to operationalize the state duty to protect, states should consider 'encourag[ing], and where appropriate require[ing], business enterprises to communicate how they address their human rights impacts'¹²⁹. According to the commentary to Principle 3, state encouragement or binding obligations placed on companies to communicate how they address their adverse impacts, including by way of formal public reporting, are key to foster respect for human rights by business enterprises¹³⁰. It could be argued that, as human rights due diligence is generally understood as the process whereby companies can address their adverse human rights impacts, states might consider encouraging, and where appropriate requiring, companies to communicate how they carry out human rights due diligence.

The three national laws examined in the chapter arguably reflect this aspect envisaged by Principle 3 of the UNGPs. As illustrated in Part III, the laws adopted in France, Germany and Norway not only impose on relevant categories of companies an obligation to exercise human rights due diligence but also require these companies to disclose how they fulfill their human

127 See UNGPs, Principle 11, Principle 13 and Principle 17.

128 By way of example, the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights has noted that 'the obligation to protect entails a positive duty to adopt a legal framework requiring business entities to exercise human rights due diligence in order to identify, prevent and mitigate the risks of violations of Covenant rights, to avoid such rights being abused, and to account for the negative impacts caused or contributed to by their decisions and operations and those of entities they control on the enjoyment of Covenant rights. States should adopt measures such as imposing due diligence requirements to prevent abuses of Covenant rights in a business entity's supply chain and by subcontractors, suppliers, franchisees, or other business partners'. General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights in the Context of Business Activities, E/C.12/GC/24, para. 16.

129 UNGPs, Principle 3.

130 Commentary to Principle 3.

rights due diligence obligation by providing information on the adverse impacts identified and on the measures adopted to prevent and mitigate the identified adverse impacts in their own activities and supply chains.

Pillar II: The corporate responsibility to respect

The laws examined in the chapter not only reflect aspects of principles belonging to the state duty to protect human rights in Pillar I but also incorporate into domestic law core principles belonging to the corporate responsibility to respect human rights in Pillar II of the UNGPs. What follows focuses on selected principles.

Principle 17

To recall, Principle 17 of the UNGPs provides that, '[i]n order to identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts', business enterprises should carry out human rights due diligence¹³¹. The UNGPs provide that companies might be involved with adverse human rights impacts 'either through their own activities or as a result of their business relationships with other parties'¹³². In light of these different degrees of involvement in adverse human rights impacts, Principle 17(a) provides that human rights due diligence processes 'should cover adverse human rights impacts that the business enterprise may cause or contribute to through its own activities, or which may be directly linked to its operations, products or services by its business relationships'. 'Business relationships' are understood to encompass 'relationships with business partners, entities in [the company's] value chain, and any other non-State or State entity directly linked to its business operations, products or services'¹³³, with no restriction as to where these entities are located.

The laws examined in the chapter 'harden' at the domestic level Principle 17 of the UNGPs by placing a legal obligation binding on certain categories of companies to exercise human rights due diligence. The parameters of human rights due diligence provided, *inter alia*, by Principle 17(a) are also generally reflected in the human rights due diligence obligations set forth in the laws examined. Albeit with some distinctions, the three laws require enterprises falling within their scope to exercise human rights due diligence in relation to adverse human rights impacts stemming in the context of their own activities and adverse human rights impacts stemming from their business relationships with other entities, including subsidiaries, suppliers and business partners, regardless of where these entities are located.

In the French Duty of Vigilance Law, the vigilance obligation covers the human rights risks resulting directly or indirectly from the activities of the enterprise, the activities of companies it controls directly and indirectly and the activities of subcontractors or suppliers further down the supply chain with whom the enterprise maintains an 'established business relationship'. With respect to risks stemming from business relationships, however, it should be observed that the scope of the vigilance obligation is narrower than the parameters of the human rights due diligence process in the UNGPs¹³⁴. Indeed, while human rights due diligence in the UNGPs

131 UNGPs, Principle 17.

132 Commentary to Principle 13.

133 *Ibid.*

134 MACCHI, C. and BRIGHT, C., «Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due

should cover adverse human rights impacts that may be directly linked to the enterprise's business relationships, the vigilance obligation in the French Duty of Vigilance Law covers the adverse human rights impacts linked to the enterprise's 'established' business relationships. An established business relationship is understood as 'a stable, regular commercial relationship, taking place with or without a contract, with a certain volume of business, and under a reasonable expectation that the relationship will last'¹³⁵.

In the German Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, the due diligence obligation covers 'all world-wide supply chains' that are initiated or controlled by German and foreign enterprises with a domestic branch in Germany falling within the scope of the Act¹³⁶. As provided by the Act, an enterprise's supply chain includes 'all steps in Germany and abroad that are necessary to produce the products and provide the services' of an enterprise and encompasses the activities of the enterprise, the activities of its direct suppliers and the activities of its indirect suppliers¹³⁷. In light of this, the human rights due diligence requirement covers the human rights-related risks stemming from the activities of the enterprise, as well as from the activities of its direct and indirect¹³⁸ suppliers.

In the Norwegian Transparency Act enterprises are required to carry out due diligence to identify and prevent actual and potential adverse impacts resulting from their own activities, and the activities of entities in their supply chain as well as the activities of their business partners. With respect to the activities of an enterprise, the legal commentary of the Act provides that these encompass the activities of the parent company together with the activities of its subsidiaries¹³⁹. In light of this, it has been clarified that 'the parent company's due diligence shall therefore include risks associated with both the parent company's and subsidiaries' activities, regardless of where the subsidiaries are domiciled'¹⁴⁰. With respect to the activities of entities in the enterprise's supply chain, the due diligence obligation covers the global supply chain of the enterprise and 'is not limited to specific tiers'¹⁴¹, in line with the

Diligence Requirements in Domestic Legislation» in *Legal Sources in Business and Human Rights - Evolving Dynamics in International and European Law*, BUSCEMI M, LAZZERINI N and MAGI L (eds), Brill, 2020, at 14.

135 COSSART, S., CHAPLIER, J. and LOMENIE, TBD., «The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All» in *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2017, at 320.

136 See <https://www.csr-in-deutschland.de/EN/Business-Human-Rights/Supply-Chain-Act/FAQ/faq.html>.

137 Section 2(5) in the Act.

138 With regards to risks stemming from the activities of indirect suppliers, however, it should be recalled that enterprises are under the obligation to exercise human rights due diligence only when the enterprise has actual indications or 'substantiated knowledge' that a violation of a human rights-related obligation 'may be possible'. See Section 9(3) in the Act.

139 *Act Relating to Enterprises' Transparency and Work on Fundamental Human Rights and Decent Working Conditions (Transparency Act), Recommendation from the Ministry of Children and Families*, Prop. 150 L, April 2021, at 69. Available at: <https://www.forbrukertilsynet.no/wp-content/uploads/2022/07/prop-150-transparency-act-1.pdf>.

140 *Ibid.*, 70.

141 Report by the Ethics Information Committee, *Supply Chain Transparency: Proposal for an Act regulating Enterprises' transparency about supply chains, duty to know and due diligence* (November 2019), at 47. Available at: <https://www.regjeringen.no/contentassets/6b4a42400f3341958e0b62d40f484371/ethics-information-committee---part-i.pdf>.

UNGPs which 'do not [...] restrict due diligence requirements to apply to a specific number of tiers in the supply chain'¹⁴². The drafting committee of the legislation has noted that 'it is the risk of harmful impact that determines the scope of due diligence'¹⁴³.

In sum, it is interesting to note how the parameters of the human rights due diligence obligation set forth in the three laws examined are modelled on the parameters of the human rights due diligence process envisaged in the UNGPs. Albeit with some distinctions, the three laws require enterprises falling within their scope to exercise human rights due diligence in relation to adverse human rights impacts stemming in the context of their own activities and adverse human rights impacts stemming from their business relationships with other entities, including subsidiaries, suppliers and business partners, regardless of where these entities are located.

Principles 18, 19 and 20

The essential components of the human rights due diligence process envisaged by the UNGPs are respectively dealt with in separate principles under Pillar II. In accordance with Principle 18, businesses should identify and assess any actual or potential adverse human rights impacts stemming from their own business activities or their business relationships. Principle 19 states that, in order to prevent and mitigate any adverse human rights impacts identified, businesses should integrate the findings of their human rights impact assessments across relevant internal functions and processes and take appropriate action. Such action will vary according to whether the company has caused or contributed to the adverse impact or is involved 'solely because the impact is directly linked to its operations, products or service by a business relationship'¹⁴⁴. Pursuant to Principle 20, in order to verify whether they are addressing any adverse impacts identified, businesses should track the effectiveness of their response.

The substantive components of the human rights due diligence obligation in the domestic legislation enacted in France, Germany and Norway generally reflect the core elements of the human rights due diligence process envisaged by the UNGPs.

In the context of the French Duty of Vigilance Law, the preparatory works to the legislation clarify that the concept of due diligence adopted resonates with the concept of due diligence advanced in Principle 17 of the UNGPs¹⁴⁵ and that the purpose of placing a due diligence or 'vigilance' obligation on certain categories of companies is to prevent and tackle adverse

142 Report by the Ethics Information Committee, *Supply Chain Transparency: Proposal for an Act regulating Enterprises' transparency about supply chains, duty to know and due diligence* (November 2019), at 47. Available at: <https://www.regjeringen.no/contentassets/6b4a42400f3341958e0b62d40f484371/ethics-information-committee--part-i.pdf>.

143 *Ibid.*

144 UNGPs, Principle 19(b).

145 Report No. 2628, French National Assembly, *RAPPORT FAIT AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE SUR LA PROPOSITION DE LOI (n° 2578), relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, March 2015, available at: <https://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2628.asp>.

impacts by businesses in their activities and supply chains¹⁴⁶. As discussed, in order to meet their vigilance obligations, companies falling within the scope of the legislation are required to produce and implement a vigilance plan which shall include a number of measures. In line with Principle 18 of the UNGPs, the vigilance plan must include, *inter alia*, measures allowing an enterprise to identify and assess risks stemming from the operations of the company, as well as from its business relationships¹⁴⁷. In line with Principle 19, the vigilance plan must include measures to allow the enterprise to prevent and mitigate identified human rights risks. Finally, along the general lines of Principle 20, the vigilance plan must include a monitoring scheme to allow enterprises to follow-up on the measures adopted to address their human rights impacts and assess their efficacy.

The German Act on Due Diligence Obligations in Supply Chains, too, transforms the human rights due diligence expectations under Pillar II into human rights due diligence obligations under domestic law. Pursuant to Sections 4 and 5 of the Act, enterprises must have in place a risk management system, as part of which they must conduct risk analyses to identify actual and potential adverse human rights risks in line with Principle 18 of the UNGPs. Pursuant to Sections 6 and 7 of the Act, enterprises must adopt measures to prevent, end or minimize adverse human rights impacts, in line with Principle 19 of the UNGPs. Specifically, the measures required by Section 7 reflect on the whole the recommendations in Principle 19. Enterprises are required to cease violations of human rights-related obligations when these stem from their own business activities¹⁴⁸. With respect to violations of human rights-related obligations to which the enterprise is linked through its contractual relationships with direct suppliers, it is required to consider additional measures to end or minimize the violation without undue delay. Such measures include increasing the influence or leverage exercised on the entity that causes or may cause harm and temporarily suspending the business relationship, with termination of the latter as last resort¹⁴⁹. Finally, generally in line with the recommendations in Principle 20 of the UNGPs, Sections 6 and 7 of the Act require enterprises to review the effectiveness of, and update if necessary, the measures adopted to prevent, end or minimize adverse human rights impacts.

For its part, the Norwegian Transparency Act provides that enterprises must carry out human rights due diligence specifically in accordance with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, rather than the UNGPs. However, the final report by the drafting committee explains that the due diligence standard adopted in the legislation generally

146 Report No. 2578, French National Assembly, *Proposition de Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, February 2015, available at: <https://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2578.asp>.

147 In this regard, as part of risk mapping, enterprises are required to adopt 'procedures to regularly assess [...] the situation of subsidiaries, subcontractors or suppliers with whom [they] maintain an established business relationship'. Article 1.

148 The commentary to Principle 19 of the UNGPs states that, when a business enterprise causes or may cause an adverse human rights impact, it should take the necessary steps to cease or prevent the impact.

149 With respect to adverse human rights impacts to which the company is linked through its business relationships, the commentary to Principle 19 states that the business enterprise should exercise or increase leverage if it has leverage to prevent or mitigate the adverse impact. In the event that the business enterprise lacks leverage over the other relevant entity and is unable to increase it, it should then consider ending the business relationship.

'reflects the agreed standards as set out in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises'¹⁵⁰. The drafters also clarify that the substance of the due diligence duty is intended to align with the UNGPs, whereas 'the duty is materially restricted in comparison with the OECD Guidelines for Multinational Companies, which also require due diligence on disclosure, environmental protection, bribery and corruption and consumer interests'¹⁵¹. In practice, the substantive due diligence requirements set forth in the Act do indeed align by and large with the due diligence steps envisaged in Pillar II of the UNGPs. Enterprises exercising due diligence pursuant to their obligations under the Transparency Act would at the same time 'be able to fulfill the recommendations in the UNGPs [...] regarding due diligence'¹⁵². Pursuant to Section 4(b) of the Act, which is in line with Principle 18 of the UNGPs, enterprises are required, among other things, to identify and assess actual and potential adverse impacts that the enterprise has caused or to which it has contributed or that are directly linked to the enterprise's business relationships. Once adverse impacts are identified, Section 4(c) of the Act, which aligns with the expectations in Principle 19 of the UNGPs, requires enterprises to adopt measures to cease, prevent or mitigate these impacts. Finally, in accordance with Section 4(d) of the Act, which is in line with Principle 20 of the UNGPs, enterprises are required to track the implementation and results of measures adopted to cease, prevent, or mitigate adverse human rights impacts.

In sum, the substantive components of the human rights due diligence obligation in the three laws examined generally reflect the core elements of the human rights due diligence process envisaged by the UNGPs, specifically with respect to identification, prevention and mitigation of adverse human rights impacts, as well as tracking of effectiveness of the measures adopted.

Principle 21

As part of the human rights due diligence process envisaged by the UNGPs, Principle 21 of the UNGPs provides that 'in order to account for how they address their human rights impacts, business enterprises should be prepared to communicate this externally, particularly when concerns are raised by or on behalf of affected stakeholders'¹⁵³. The commentary provides that 'the responsibility to respect human rights requires that business enterprises have in place policies and processes through which they can both know and show that they respect human

150 Report by the Ethics Information Committee, *Supply Chain Transparency: Proposal for an Act regulating Enterprises' transparency about supply chains, duty to know and due diligence* (November 2019), at 5. Available at: <https://www.regjeringen.no/contentassets/6b4a42400f3341958e0b62d40f484371/ethics-information-committee---part-i.pdf>. It is also important to recall, in this respect, that in the 2011 updated version of the OECD Guidelines, the newly introduced chapter on human rights (Chapter IV) draws upon and aligns with the Guiding Principles, including with respect to human rights due diligence. See <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>, at 31-34.

151 *Ibid.*

152 See *Act Relating to Enterprises' Transparency and Work on Fundamental Human Rights and Decent Working Conditions (Transparency Act), Recommendation from the Ministry of Children and Families*, Prop. 150 L, April 2021, at 88. Available at: <https://www.forbrukertilsynet.no/wp-content/uploads/2022/07/prop-150-transparency-act-1.pdf>.

153 UNGPs, Principle 21.

rights in practice¹⁵⁴. By way of communicating how they address their adverse human rights impacts, companies can provide 'a measure of transparency and accountability to individuals or groups who may be impacted and to other relevant stakeholders'¹⁵⁵. Communication can take the form, *inter alia*, of formal public reporting, which is especially expected 'where risks of severe human rights impacts exist, whether this is due to the nature of the business operations or operating contexts'¹⁵⁶.

In line with the expectations of Principle 21 of the UNGPs, the three laws examined in the chapter supplement the obligation to exercise human rights due diligence with an obligation publicly to disclose or report how the company addresses human rights risks in its operations and supply chains, that is, how the company undertakes human rights due diligence in practice.

Transparency and disclosure play an important role in the French Duty of Vigilance Law¹⁵⁷. As part of their vigilance obligations, in addition to the obligation to establish and implement an effective vigilance plan with measures to address human rights risks, companies are required by Article 1 of the Law publicly to disclose the vigilance plan along with the report on its effective implementation. By supplementing the obligation to draft and implement the vigilance plan with an obligation to make the vigilance plan publicly available to stakeholders, "the French law brings together the human rights due diligence and transparency elements of the UNGPs' second pillar"¹⁵⁸.

The human rights due diligence obligations in the German Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains includes a reporting obligation under Section 10. Specifically, the Act requires enterprises to document 'continuously' how they fulfill their due diligence obligations¹⁵⁹, by way of preparing an annual report and making it publicly available, and free of charge, on the enterprise's website for a period of seven years¹⁶⁰. The report must state whether the company has identified any human rights risk or any violation of the human rights-related obligations laid out in the Act. It must also include the measures adopted to fulfill the various components of the due diligence obligation, as well as information on how the company assesses the impact and effectiveness of the measures adopted¹⁶¹.

The Norwegian Transparency Act, as the name suggests, places great emphasis on the importance of transparency in the context of enterprises' activities and their supply chains. As highlighted by the drafting committee, 'the Act builds on the understanding that transparency is a key asset in our society'¹⁶². Disclosure by enterprises and individuals' access

154 Commentary to Principle 21.

155 *Ibid.*

156 *Ibid.*

157 Elsa Savourey, France Country Report in European Commission (EC) Study on Due Diligence, 70. Available at: <https://repub.eur.nl/pub/116741/EC-study-DD-in-supply-chains-part-3-country-reports.pdf>

158 CHAMBERS, R. and VASTARDIS, AY., «Human Rights Disclosure and Due Diligence Laws: The Role of Regulatory Oversight in Ensuring Corporate Accountability» in *Chicago Journal of International Law*, vol. 21, 2021, at 335.

159 Section 10(1) in the Act.

160 *Ibid.*, Section 10(2).

161 *Ibid.*

162 Report by the Ethics Information Committee, *Supply Chain Transparency: Proposal*

to information with regards to business activities are regarded essential 'to display the due diligence expected under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) and thereby prevent adverse human rights impacts'¹⁶³. In light of this, the Transparency Act includes two interrelated provisions dealing with transparency, whose overall aim is to 'enable [stakeholders'] informed decisions about purchases and investments, and other decisions that take into account the social impacts of businesses'¹⁶⁴. The first provision under Section 5 is an obligation to account for due diligence, that is, to make accessible on their website an account which includes information on the enterprise's structure, area of operations, guidelines and procedures for handling actual and potential adverse impacts; information on actual and potential impacts identified through human rights due diligence; and information on the measures to cease or mitigate these adverse impacts. The second obligation generally dealing with transparency is the obligation under Section 6 to provide information upon written request, or 'an obligation to disclose on demand'¹⁶⁵, how the enterprise addresses actual and potential adverse impacts pursuant to the due diligence obligations set forth in the legislation. Overall, the two obligations together are designed to enhance transparency by enterprises which, in turn, is considered key to achieving the purpose of the UNGPs at the national level, that is, ensuring corporate respect for human rights¹⁶⁶.

As discussed, it is interesting to highlight how in the three laws examined transparency plays a fundamental complementary role to the obligation to exercise human rights due diligence. Albeit in different modalities, the laws require relevant enterprises to disclose how they address adverse human rights impacts in their own activities and supply chains, that is, how they exercise human rights due diligence in practice.

Pillar III: Access to remedy

Pillar III elaborates on the roles of states and corporations in ensuring that victims of corporate-related adverse human rights impacts have access to an effective remedy when adverse impacts occur. Core foundational and operational principles enshrined in Pillar III inform the laws examined in the chapter. What follows focuses on selected principles.

Principles 25 and 26

Guiding Principle 25 provides that, as part of their obligation to protect human rights against the adverse impacts of business enterprises, states are required to 'take appropriate

for an Act regulating Enterprises' transparency about supply chains, duty to know and due diligence (November 2019), at 7. Available at: <https://www.regjeringen.no/contentassets/6b4a42400f3341958e0b62d40f484371/ethics-information-committee--part-i.pdf>.

163 *Ibid.*, 8.

164 *Ibid.*, 6.

165 MARTIN-ORTEGA O, «Transparency and Human Rights in Global Supply Chains: From Corporate-led Disclosure to a Right to Know» in *Research Handbook on Global Governance, Business and Human Rights*, Marx A, Calster GV and Wouters J (eds), Edward ELGAR, 2022, at 119.

166 See *Act Relating to Enterprises' Transparency and Work on Fundamental Human Rights and Decent Working Conditions (Transparency Act), Recommendation from the Ministry of Children and Families*, Prop. 150 L, April 2021, at 121. Available at: <https://www.forbrukertilsynet.no/wp-content/uploads/2022/07/prop-150-transparency-act-1.pdf>.

steps to ensure, through judicial, administrative, legislative or other appropriate means, that when such abuses occur within their territory and/or jurisdiction those affected have access to effective remedy¹⁶⁷. The commentary to Principle 25 provides that, unless states take steps 'to investigate, punish and redress' the adverse human rights impacts of businesses, the international obligation of states to protect human rights can become 'weak or even meaningless'. The commentary continues by stating that remedies can be provided by State-based or non-State-based, judicial or non-judicial, mechanisms¹⁶⁸ and can include, *inter alia*, restitution, compensation and punitive sanctions such as criminal or administrative fines, as well as the prevention of harm through injunctions or guarantees of non-repetition. Principle 26 provides that 'states should take appropriate steps to ensure the effectiveness of domestic judicial mechanisms when addressing business-related human rights abuses'. The commentary to Principle 26 places state-based judicial mechanisms 'at the core of ensuring [victims'] access to a remedy'¹⁶⁹.

The three laws examined in the chapter, albeit with some distinctions, reflect at the domestic level the requirement for states, as part of their duty to protect human rights in the context of business activities, to take steps to ensure that those adversely affected by corporate activities have access to effective remedy.

Under the French Duty of Vigilance Law, in the event of failure by an enterprise to comply with its obligations of vigilance in a three months period after receiving formal notice to comply, 'the relevant jurisdiction can, following the request of any person with legitimate interest in this regard, urge said company, under financial compulsion if appropriate, to comply with its duties'¹⁷⁰. The French Duty of Vigilance Law also provides for civil liability action for harm resulting from companies' failure to comply with their duty of vigilance obligations. In such cases, the legislation provides that companies failing to comply with their duty of vigilance 'shall be held liable and obliged to compensate for the harm that due diligence would have permitted to avoid'¹⁷¹. Proceedings brought under the law shall be governed by the principles of general tort law, where civil liability is established when a harm occurs, a duty of vigilance obligation is breached by the company in question, and a causal link between the harm and the breach of the obligation is found¹⁷². The burden of proof remains with the claimant, who needs to prove that a claim satisfies all three conditions above¹⁷³.

167 UNGPs, Principle 25.

168 For the purposes of the UNGPs, a grievance is understood as 'a perceived injustice invoking an individual's or a group's sense of entitlement'. A grievance mechanism is therefore understood as a process through which grievances concerning corporate adverse human rights impacts can be raised and remedy can be sought. See Commentary to Principle 25.

169 Commentary to Principle 26.

170 Duty of Vigilance Law, Article 1.

171 Duty of Vigilance Law, Article 2.

172 Elsa SAVOUREY, France Country Report in European Commission (EC) Study on Due Diligence, at 73. Available at: <https://repub.eur.nl/pub/116741/EC-study-DD-in-supply-chains-part-3-country-reports.pdf>.

173 COSSART, S., CHAPLIER, J. and LOMENIE, TBD., «The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All» in *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2017, at 321. Although the establishment of a civil liability regime is arguably a relevant operationalization of Pillar III of the UNGPs under domestic law, some commentators have pointed out that, due to the failure to alleviate the burden of proof, the French legislation falls short of the requirements

The German Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains allows the competent authority to make appropriate orders and to take appropriate measures to detect, end and prevent human rights-related violations upon request, 'if the person making the request makes a substantiated claim that he or she has been violated in his or her legal position as a result of the non-fulfillment of [human rights due diligence obligations] or that a violation [of this kind] is imminent'¹⁷⁴. The Act also envisages administrative fines for regulatory offences by enterprises, which are understood as enterprises' failure, either intentionally or by negligence, to comply with the different components of their human rights due diligence obligation, with the requirement to submit the report pursuant to Section 10 of the Act, or with the orders that may be issued by the competent authority to rectify the report within a reasonable period of time or to submit a corrective action plan in case of violations of the human rights due diligence obligations¹⁷⁵.

Last but not least, the Consumer Authority tasked with the monitoring and enforcement of the Norwegian Transparency Act may issue prohibitions and orders to ensure that enterprises falling within the scope of the legislation observe the obligation to exercise due diligence, the obligation to account for due diligence, the obligation to disclose upon request, and the obligation to provide access to the relevant information in a timely manner¹⁷⁶. To ensure that prohibitions and orders are observed, enforcement penalties may be established, to be paid in case of non-compliance¹⁷⁷. Finally, for repeated failure to comply with the obligation to account for due diligence, the obligation to disclose upon individuals' request or the obligation to provide access to the relevant information in a timely manner, infringements penalties may be imposed on the enterprise, as well as on natural persons acting on behalf of the enterprise¹⁷⁸.

Principles 28 and 29

According to the UNGPs, 'states should consider ways to facilitate access to effective non-state-based grievance mechanisms dealing with business-related human rights harms'¹⁷⁹. As specified in the commentary to Principle 28, 'one category of non-state-based grievance mechanisms encompasses those administered by a business enterprise alone or with stakeholders, by an industry association or a multi-stakeholder group'¹⁸⁰. These are referred to as operational-level grievance mechanisms.

set out in Principle 26, which expects states to remove legal and practical barriers that might lead to victims' denial of justice. See, in this regard, MACCHI C and BRIGHT C, «Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation» in *Legal Sources in Business and Human Rights - Evolving Dynamics in International and European Law*, BUSCEMI M, LAZZERINI N and MAGI L (eds), Brill, 2020, at 14.

174 Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, Sections 14 and 15.

175 *Ibid.*, Section 24.

176 Act Relating to Enterprises' Transparency and Work on Fundamental Human Rights and Decent Working Conditions (Transparency Act), Section 12, Prohibitions and Orders.

177 *Ibid.*, Section 13, Decisions regarding Enforcement Penalties.

178 *Ibid.*, Section 14.

179 UNGPs, Principle 28.

180 Commentary to Principle 28.

With respect to these, Principle 29 provides that, 'in order for grievances to be addressed early and remediated directly, business enterprises should establish or participate in effective operational-level grievance mechanisms for individuals and communities who might be adversely impacted'. Such mechanisms are administered at company level and 'can engage the business enterprise directly in assessing the issues and seeking remediation of any harm'¹⁸¹. According to the commentary to Principle 29, operational-level grievance mechanisms might play an important role with respect to the corporate responsibility to respect human rights because they provide a channel for individuals and communities affected by the activities of the company 'to raise concerns when they believe they are being or will be adversely impacted'. This contributes to support the identification by the company of adverse human rights impacts, as part of its on-going human rights due diligence¹⁸². Once grievances are identified, these mechanisms make it possible for the company to address them and to remediate early adverse impacts, 'thereby preventing harms from compounding and grievances from escalating'¹⁸³.

Aspects of Principles 28 and 29 of the UNGPs are reflected in the three laws examined in the chapter. As part of the due diligence obligations in the three instruments, enterprises are required to establish an operational-level grievance mechanism in the form of a complaint mechanism or procedure.

In the French Duty of Vigilance Law, among other measures that the vigilance plan must include, companies are required to establish an alert mechanism 'that collects reporting of existing or actual risks, developed in working partnership with the trade union organizations representatives of the company concerned'¹⁸⁴. It has been pointed out that the mechanism in question is intended to apply to both internal stakeholders, such as workers, and external stakeholders, such as local communities, who might be adversely affected by the activities of companies falling within the scope of the Law, providing them a tool to raise concerns about the existence or 'realization' of risks¹⁸⁵.

As part of their human rights due diligence obligations under the German Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chain, enterprises are required to set up a complaints procedure. According to Section 8 in the Act, 'the complaints procedure enables persons to report human rights [...] risks as well as violations of human rights-related [...] obligations that have arisen as a result of the economic actions of an enterprise in its own business area or of a direct supplier'. The Act provides that, whenever risks and violations are reported, the persons entrusted by the enterprise with the implementation of the procedure, having discussed the facts with the person reporting the information, may offer a procedure for amicable settlement to those raising the complaint.

Finally, the Norwegian Transparency Act requires enterprises falling within the scope of the legislation, as part of their duty to carry out due diligence, to provide for or cooperate in

181 Commentary to Principle 29.

182 *Ibid.*

183 *Ibid.*

184 Duty of Vigilance Law, Article 1.

185 Elsa SAVOUREY, France Country Report in European Commission (EC) Study on Due Diligence, at 69. Available at: <https://repub.eur.nl/pub/116741/EC-study-DD-in-supply-chains-part-3-country-reports.pdf>.

remediation and compensation. The guidance document on due diligence published by the OECD clarifies that this requirement for companies entails, *inter alia*, establishing legitimate remediation mechanisms¹⁸⁶, such as operational-level grievance mechanisms like in-house worker complaint mechanisms or third-party complaint systems, 'through which impacted stakeholders and rightsholders can raise complaints and seek to have them addressed with the enterprise'¹⁸⁷.

In sum, it is interesting to note how the laws examined incorporate the UNGPs' expectation for companies to have in place an operational-level mechanism to address and remediate grievances early. In this sense, the laws require relevant enterprises to have in place an operational-level grievance mechanism in the form of a complaint mechanism or procedure, allowing affected individuals or communities to report adverse human rights impacts and have them addressed directly with the enterprise.

VI. Concluding remarks

In recent years, 'hardening' processes of elements of the UNGPs have been ongoing at the national level. These processes have sought to translate into domestic law elements of the UNGPs' corporate responsibility to respect human rights by placing binding obligations on corporate actors. More specifically, the core component of the corporate responsibility to respect human rights, namely human rights due diligence, has been embodied in legislation in jurisdictions such as France, Germany and Norway. Besides the specific obligation to exercise human rights due diligence, the national laws enacted in France, Germany and Norway are clear examples of how the UNGPs, more generally, have served as model for domestic legalization in the area of business and human rights. In this respect, the principles enshrined in the three Pillars of the UNGPs are reflected in either the process leading to the adoption of the laws and in a number of substantive aspects of the obligations they set forth.

Overall, the present article has sought to examine the ongoing move in the area of business and human rights from international 'soft' law to national law, by illustrating how norms enshrined in international soft law instruments have provided 'a model for domestic legislation and [have become] legally binding internally, while remaining non-binding internationally'¹⁸⁸.

186 See <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>, at 35.

187 *Ibid.*

188 SHELTON, D., «Soft Law» in *Handbook of International Law*, Armstrong, D. (ed), Routledge, 2008, at 2. See also CHINKIN, C., «The Challenge of Soft-Law: Development and Change in International Law» in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989, at 858.

El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y los litigios estratégicos. ¿qué repercusiones tiene para las empresas?*

THE RIGHT TO A CLEAN, HEALTHY AND SUSTAINABLE ENVIRONMENT AND STRATEGIC LITIGATION. HOW DOES IT AFFECT BUSINESS?

Andrea Cerofolini

Universidad de Bolonia
andrea.cerofolini5@unibo.it

Resumen: Con la Resolución 76/300 de 2022, la Asamblea General de la ONU reconoció el derecho a un medio ambiente sano como un derecho humano. La acción de la ONU se encuadra en un contexto mundial en el que los Estados y las empresas son cada vez más objeto de demandas judiciales dirigidas a conseguir que se comprometan a mitigar los efectos del cambio climático. El objetivo de este trabajo es analizar qué repercusiones puede tener para las empresas el reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente limpio, sano y sostenible y qué papel puede desempeñar en las controversias climáticas contra las empresas.

Abstract: The UN General Assembly Resolution 76/300 of 2022 recognised the right to a healthy environment as a human right. The UN's action is part of a global context in which states and companies are increasingly being targeted by lawsuits aimed at forcing them to commit to mitigating the effects of climate change. The aim of this paper is to analyse the implications of recognising the human right to a clean, healthy and sustainable environment for business as well as the role it can play in climate litigation.

Palabras claves: Resolución 76/300; derecho humano a un medioambiente limpio, saludables y sostenible; responsabilidad empresarial; litigios climáticos.

Keywords: Resolution 76/300, human right to a clean, healthy and sustainable environment; corporate responsibility; climate litigation.

* This work was presented during the "Research Workshop on Business and Human Rights" (July, 2023), led by Dr. Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ and Dr. Estrella DEL VALLE CALZADA.

I. Introducción

La atención de la comunidad internacional, de los Estados, de la sociedad civil y de los individuos se centra cada vez más en las consecuencias del cambio climático. En los últimos años, los Estados han realizado intentos más o menos audaces para mitigar los efectos potencialmente catastróficos del cambio climático. La sociedad civil —especialmente las ONGs más o menos notorias— descontenta con las medidas adoptadas por los Estados ha empezado a demandarlos ante los tribunales nacionales e internacionales. Se estima que al menos sesenta y cinco jurisdicciones diferentes han sido implicadas.¹ Estos litigios han tenido, en su mayor parte, resultados desfavorables para los demandantes, si bien esto no ha impedido que se hayan producido pronunciamientos históricos que, aunque criticados, han influenciado la interposición de nuevas demandas en otros países y han desencadenado debates y reflexiones en la doctrina y en importantes foros internacionales. En este contexto, cabe destacar que próximamente tres Tribunales internacionales se pronunciarán sobre las obligaciones de los Estados en relación al cambio climático, mientras otro Tribunal internacional se pronunciará sobre algunos casos de litigios climáticos. Concretamente, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en adelante, TIDM) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) serán los órganos que dictarán sobre las obligaciones de los Estados en relación con el cambio climático. Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) se pronunciará sobre los casos *Duarte Agostinho y otros c. Portugal y otros*², *Carême c. France*³ y *KlimaSeniorinnen c. Suiza*⁴.

Por otra parte, por lo que se refiere a la jurisdicción nacional, debe apuntarse que, en varios de los casos internos, los demandantes han invocado el derecho a un medio ambiente sano. Esto ha ocurrido principalmente cuando tal derecho estaba previsto en las constituciones nacionales, la legislación interna u otros instrumentos convencionales⁵. Sin embargo, no han faltado casos en los que los demandantes, a pesar de la ausencia de tal norma en el ordenamiento jurídico de referencia, también han basado sus reclamaciones en este derecho⁶.

Más recientemente, la Resolución 76/300 de 2022 de la Asamblea General de la ONU ha reconocido el derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible como un derecho

1 PNUMA, *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, disponible en: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/43008/global_climate_litigation_report_2023.pdf?sequence=3

2 TEDH, *Recurso núm. 39371/20 (DUARTE AGOSTINHO y otros c. Portugal y otros)*.

3 TEDH, *Recurso núm. 7189/21 (CARÊME c. France)*.

4 TEDH, *Recurso núm. 53600/20 (KLIMASENIORINNEN c. Suiza)*.

5 A título meramente ejemplificativo —el tema se abordará de nuevo en la próxima sección—, el derecho a un medio ambiente sano está incorporado en el artículo 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el artículo 11.1 del Protocolo de San Salvador, en el artículo 38 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y en otros Convenios internacionales y en muchas Constituciones nacionales. Cf. Anexo II del A/HRC/43/53 del 30 de diciembre de 2019.

6 Véase el caso *Juliana c. Estados Unidos* donde los demandantes han sostenido la existencia del derecho implícito a un sistema climático estable. Todas las documentaciones están disponibles en: <https://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/>.

humano⁷. El texto de la Resolución, que reproduce la Resolución del Consejo de Derechos Humanos (en adelante CDH) de 2021⁸, contiene dos referencias a las empresas. La primera de ellas se refiere a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos de 2011 (en adelante Principios Rectores), un instrumento fundamental para situar la responsabilidad de las empresas junto a las obligaciones de los Estados, a pesar de no ser legalmente vinculante. En la segunda, se pide a las empresas que adopten medidas para redoblar los esfuerzos con el fin de garantizar un medio ambiente limpio, sano y sostenible para todos.

Esta referencia directa a las empresas parece ser el resultado de la creciente atención que se presta a estas entidades no estatales, a las que se pide que contribuyan a mitigar los efectos del cambio climático, siendo, según algunos estudios responsables de alrededor del 71 % de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero entre 1988 y 2017⁹. Y, de hecho, igual que ocurre con los Estados, los casos de litigios climáticos también han implicado a entidades no estatales, en particular empresas energéticas.

Con anterioridad a las Resoluciones de la Asamblea General y del CDH, el derecho a un medio ambiente sano había sido reconocido como tal en el artículo 2 del Proyecto de Declaración de Principios sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente¹⁰, contenido en el Informe final del 1994 de la primera Relatora Especial sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente de la Subcomisión de las Naciones Unidas de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías Fatma Zohra Ksentini¹¹. Anteriormente, a nivel global, una referencia indirecta al derecho a un medio ambiente saludable estaba contenida en el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el medio ambiente humano¹² y en la Declaración de Río de 1992 sobre el medio ambiente y el desarrollo¹³. Sin embargo, en ambas declaraciones, el medio

7 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *El derecho humano a un medioambiente limpio, saludable y sostenible*, A/76/L.75, 25 de julio de 2022.

8 CDH, *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*, A/HRC/RES/48/13, 18 de octubre de 2021.

9 GRIFFIN, P., *The Carbon Majors Database. CDP Carbon Majors Report*, 2017, p.8. disponible en: <https://cdn.cdp.net/cdp-production/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf>

10 Todas las personas tienen derecho a un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente racional. Este derecho y otros derechos humanos, entre los cuales los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, son universales, interdependientes e indivisibles.

11 CES, *Los Derechos Humanos y El Medio Ambiente: Informe final de la Relatora Especial, Sra. Fatma Zohra Ksentini*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 de julio de 1994 (Ksentini Informe final), disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G94/132/08/PDF/G9413208.pdf?OpenElement>. Véase también MORROW, K., «Human rights and the environment: substantive rights», en *Research handbook on international environmental law*, obra colectiva, coordinadores Fitzmaurice, Malgosia y otros, Edward Elgar Publishing, 2021, págs. 344-365.

12 Principio 1 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano: «El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras».

13 Principio 1 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: «Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza».

ambiente se identificaba como un lugar necesario para el disfrute de los derechos fundamentales de los individuos; de ahí la responsabilidad de protegerlo para las generaciones presentes y futuras (Principio 1 de Estocolmo, Principio 3 de Río). A nivel regional, por otra parte, el medio ambiente había sido objeto de protección autónoma exclusivamente en los tratados y declaraciones regionales del Sur Global¹⁴.

La nota informativa de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos (OACDH), del Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente (PNUMA) y del Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD) sobre el derecho a un medio ambiente sano, publicada tras la resolución de la Asamblea General, carece de una definición explícita del derecho en cuestión¹⁵. En cambio, sí contiene una remisión al informe del Relator Especial de la ONU sobre el derecho a un medio ambiente seguro, que confirma que este derecho incluye elementos sustantivos y procedimentales¹⁶. El Relator Especial David R. Boyd llegó a esta conclusión gracias al trabajo previo de su predecesor John Knox y a través de un análisis comparativo de buenas prácticas estatales —esto es: leyes, políticas, jurisprudencia, estrategias, programas, proyectos y otras medidas que contribuyen a reducir los efectos adversos sobre el medio ambiente, mejorar la calidad ambiental y hacer realidad los derechos humanos— de más de 156 Estados¹⁷⁻¹⁸.

Los elementos procedimentales y sustantivos del derecho a un medio ambiente sano, limpio y sostenible también se confirman en la Observación General n. 26 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU¹⁹. Los primeros incluyen el acceso a la información medioambiental, la participación pública y el acceso a la justicia y a recursos efectivos, en consonancia con el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio Aarhus)²⁰ y el Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la

14 Véase, el art. 24 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Pueblos, el art. 38 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, el art. 11 del Protocolo Adicional a la CADH y el art. 28.f de la Declaración ASEAN sobre los derechos humanos.

15 OACDH, PNUMA, PNUD, *What is the Right to a Healthy Environment? Information note*, 5 enero de 2023. Disponible en: <https://www.undp.org/publications/what-right-healthy-environment>.

16 CDH, *Derecho a un medio ambiente saludable: Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/HRC/43/53, 30 diciembre de 2019.

17 *Ibid.*

18 Sobre el trabajo del Relator Especial John Knox se vea: CDH, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, John Knox, 24 de diciembre de 2012, un doc. A/HRC/22/43; CDH, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, John Knox, Recopilación de buenas prácticas, 3 de febrero de 2015, UN Doc. A/HRC/28/61.

19 CDN, *Observación General núm. 26 en Los derechos del niño y el medio ambiente, con especial atención al cambio climático*, CRC/C/GC/26, 22 agosto 2023.

20 CEPE, *Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente*, hecho en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998, entrada en vigor el 30 de octubre de 2021, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:124:0001:0003:ES:PDF>

justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo Escazú)²¹. Los segundos son elementos constitutivos de otros derechos protegidos tanto por pactos internacionales como por instrumentos regionales, es decir: aire limpio, clima seguro, acceso a agua potable y saneamiento adecuado, alimentos sanos y producidos de forma sostenible, entornos no tóxicos en los que vivir, trabajar, estudiar y jugar, y biodiversidad y ecosistemas sanos.

Por lo tanto, el derecho humano a un medio ambiente sano puede considerarse como un catalizador de múltiples derechos e intereses autónomos que, a su vez, constituyen otros derechos protegidos por los tratados internacionales y regionales de derechos humanos. Un derecho implícito que complementa y refuerza la aplicación de los derechos humanos generalmente enunciados en el contexto medioambiental.

La heterogeneidad de bienes jurídicos diferentes, reunidos bajo el paraguas protector de un «mega derecho» al medio ambiente, se justifica por el simple hecho de que un medio ambiente sano, sostenible y seguro es la *conditio sine qua non* para el disfrute efectivo de los derechos mencionados. En otras palabras, si un derecho protege un bien jurídico, el medio ambiente debe entenderse como el espacio jurídico donde coexisten estos bienes. Un espacio jurídico insalubre, inseguro e insostenible producirá bienes jurídicos insalubres, inseguros e insostenibles.

Dicha forma de concebir el medio ambiente podría encontrar confirmación en la Opinión Consultiva de la CIG sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de las Armas Nucleares de 1996, en la que la CIG afirmaba que el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la propia salud de los seres humanos, incluidas las generaciones aún no nacidas²². Además, la concepción del medio ambiente como espacio jurídico necesario para el disfrute de otros bienes jurídicos puede confirmarse en la jurisprudencia tradicional del TEDH. En efecto, aunque el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) no incluye un derecho explícito a un medio ambiente seguro y sano, los artículos 2 y 8 del Convenio —es decir, el derecho a la vida y el derecho a la vida familiar y privada— han sido interpretados reiteradamente por el TEDH como normas de protección del medio ambiente²³. Igualmente,

21 CEPAL, *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, Escazú, hecho en Santiago el 4 de marzo de 2018, disponible en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a6049491-a9ee-4c53-ae7c-a8a17ca9504e/content>.

22 CIJ, *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996* pág. 26, disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4b2913d62.html>.

23 SCOVAZZI, T., «L'interpretazione e l'applicazione "ambientalista" della Convenzione europea dei diritti umani, con particolare riguardo al caso "Urgenda"», in *Rivista Giuridica Dell'ambiente*, núm. 3/2019, págs. 619-633. En relación al artículo 2 del CEDH, el TEDH, en un litigio relativo a la protección del medio ambiente frente a actividades industriales peligrosas, declaró que la obligación positiva de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho a la vida implica el deber primario de establecer un marco legislativo y administrativo destinado a garantizar una disuasión eficaz frente a las amenazas contra ese derecho. Cf. STEDH, núm. 48939/99, de 30 de noviembre 2004 (*ÖNERİLDİZ v. Turkey*) par. 89. Por otra parte, en relación con el artículo 8 del CEDH, el Tribunal afirmó que los Estados tienen el deber de prevenir las amenazas no sólo al derecho a la vida privada y familiar, sino también, de forma más general, a un medio ambiente sano. Cf. STEDH, núm. 67021/01, de 27 de enero 2009 (*TĂȚAR V. Romania*) par 107.

la CIDH en su opinión consultivas sobre medioambiente y derechos humanos ha reconocido la existencia innegable de una relación entre la protección del medio ambiente y la realización de los derechos humanos, ya que la degradación del medio ambiente y el cambio climático afectan a su disfrute²⁴. En este sentido, el derecho humano a un medio ambiente sano tiene una dimensión individual en la cual el mismo puede entenderse como espacio jurídico, dado que su protección es fundamental para la existencia de la humanidad²⁵.

II. El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible: ¿un derecho consuetudinario?

El amplio número de ordenamientos jurídicos en los que el derecho a un medio ambiente sano está reconocido de forma directa —cuando está incorporado en los textos constitucionales o en las leyes ordinarias— o indirecta —cuando está contemplado en un texto convencional ratificado por el Estado— así como el consenso que se ha registrado en torno a la Resolución 76/300 conduce a cuestionarse si estamos en presencia de una norma consuetudinaria o no.

Hace más de 20 años, parte de la doctrina ya consideraba que el derecho a un medio ambiente sano era un principio consuetudinario del Derecho internacional. John Lee, en efecto, en su reconstrucción sobre la práctica y la *opinio juris* de los Estados con relación al reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano, así como algunos de sus corolarios (como el derecho al desarrollo sostenible y el derecho de las generaciones futuras), sostenía la existencia de un proceso de formación de una norma consuetudinaria de protección del medio ambiente²⁶. En particular, para Lee, la incorporación de disposiciones sobre derechos

24 CIDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, par. 47. Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,IACR-THR,5e67c7744.html>.

25 Par. 59. Cabe añadir que, en su Opinión consultiva la Corte IDH declinó el derecho examinado en dos dimensiones más: una colectiva en la que el derecho a un medioambiente sano adquiere la apariencia de un interés universal para las generaciones presentes y futura; y una autónoma en la cual el derecho a un medioambiente sano —reconocido en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador de la Organización de Estados Americanos— tiene una dimensión autónoma que lo diferencia del contenido medioambiental que se deriva de la protección de otros derechos. El derecho autónomo a un medio ambiente sano protege los componentes del medioambiente como bosques, ríos, mares y los otros organismos vivientes con los cuales se comparte el planeta. Por lo tanto, en su dimensión autónoma el derecho a un medioambiente sano parece asumir la apariencia derecho de la naturaleza. Véase los párrafos 58, 62 y 63 de la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte IDH.

26 LEE, J., «The Underlying Legal Theory to Support a Well-Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law», en *Columbia Journal of Environmental Law*,

humanos y protección del medio ambiente en las constituciones y leyes nacionales, así como la reafirmación en diversas declaraciones internacionales del Principio 1 de la Declaración de Río, constituían pruebas de una práctica generalizada y coherente entre los Estados. Más recientemente, el carácter consuetudinario de este derecho también ha sido sostenido por otros autores de la doctrina²⁷. Sin embargo, la misma doctrina ha precisado que esta conclusión está lejos de ser unánime²⁸. De hecho, algunos autores han argumentado que el Derecho internacional de los derechos humanos no ofrece protección autónoma al medio ambiente, a excepción de los casos en los que se produce un impacto negativo sobre otros derechos humanos autónomos²⁹. En este sentido, cabe apuntar que Estados Unidos también adoptó una posición similar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³⁰ Por consiguiente, es preciso preguntarse si esta interpretación del derecho a un medio ambiente sano como derecho consuetudinario puede considerarse todavía válida hoy en día, dado que el Ex Relator Especial John Knox ha desarrollado desde entonces un trabajo de promoción para que el CDH reconociera dicho derecho³¹.

Es bien sabido que para determinar la existencia de una norma consuetudinaria, es necesario comprobar la existencia de una práctica general aceptada como *opinio iuris*³². Es igualmente sabido que el artículo 38.1.b) del Estatuto de la CIJ no establece ninguna metodología adecuada para verificar la existencia de los elementos constitutivos de las costumbres³³. De hecho, la CIJ desarrolló su propia metodología en *Nicaragua c. Estados Unidos*³⁴. En la doctrina, se han realizado innumerables reflexiones sobre la metodología más correcta que se debe utilizar para determinar la existencia de una costumbre, especialmente en el contexto

vol. 25, 2000, págs. 283–339.

- 27 RODRÍGUEZ-GARAVITO, C., «A Human Right to a Healthy Environment?, Moral, Legal, and Empirical Considerations», en *The Human Right to a Healthy Environment*, obra colectiva, coordinadores John H Knox y Ramin Pejan, Cambridge University Press, 2018, págs.155-168.
- 28 Ibid. pág. 162.
- 29 BOER, B., BOYLE, A., «Human Rights and the Environment – Background Paper for the 13th Informal ASEM Seminar on Human Rights», en Sydney Law School Research Paper num. 14/14, 2014, pág. 70. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2393753>.
- 30 CIADH, *Reporte. núm. 43/10 de 17 de marzo de 2010 (Mossville Environmental Action Now c. Estados Unidos)*. Sobre el tema véase también: HANDL, G., «The Human Right to a Clean Environment and Rights of Nature: Between Advocacy and Reality», en *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*, obra colectiva, coordinadores, Andreas Von Arnould, Kerstin Von der Decken, Mart Susi, Cambridge University Press, 2020, págs 49-51 y 137-153.
- 31 CDH, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/HRC/37/59, de 24 de enero de 2018, par. 18.
- 32 TANZI, A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 7.ª ed., CEDAM, 2023, págs. 98-121; ILC, *Identification of Customary International Law, Text of the Draft Conclusions as Adopted by the Drafting Committee on Second Reading*, UN Doc A/CN.4/L.908, 2018.
- 33 CHIUSI CURZI, L., «Remarks on the ILC Work on the Identification of Customary Law and Human Rights: Curbing “droit de l’hommeisme”?», in *Italian Yearbook of International Law*, núm. 27 (1), 2018, págs. 163–174.
- 34 SCIJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua V. United States Of America)*, Sentencia de 27 de junio de 1986, párr. 188.191. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>.

de los derechos humanos. Estas reflexiones también se debatieron durante los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la identificación de normas consuetudinarias³⁵.

Tanto la CIJ primero, como la CDI después, han sostenido que las Resoluciones de la Asamblea General, así como otros instrumentos que por su naturaleza no tienen carácter vinculante, pueden constituir una prueba de la *opinio juris* de los Estados y, por tanto, pueden ser decisivos para la formación, el reconocimiento y la cristalización de una nueva norma consuetudinaria, siempre que esta opinión generalizada entre los Estados sea acompañada por una práctica generalizada. Sin embargo, en los trabajos de la CDI se señaló que una sola resolución no parece capaz de contribuir a la creación de una nueva norma consuetudinaria³⁶. A primera vista, esto podría llevar a considerar que la Resolución 76/300 es insuficiente en sí misma para demostrar la existencia de una *opinio juris* de los Estados. Sin embargo, la Resolución 76/300 parece ser solo el último de los actos mediante los cuales los Estados han demostrado la necesidad de reconocer una protección autónoma del medio ambiente. El mismo reconocimiento se había producido de hecho el año anterior en el CDH con la Resolución 48/13, que representaba la culminación de un camino que había comenzado en el seno del mismo organismo en 2012³⁷. Un camino que estuvo marcado por la adopción de varias resoluciones sobre la protección del medio ambiente y los derechos humanos³⁸.

Por lo tanto, parece plausible sostener la existencia de una *opinio juris* acompañada de una práctica generalizada de los Estados. De hecho, el derecho a un medio ambiente sano está explícitamente reconocido en el artículo 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos³⁹, que establece que: «All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development». Lo mismo ocurre en el contexto regional americano, donde el artículo 11.1 del Protocolo de San Salvador⁴⁰ prescribe que: «Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos». Igualmente, el artículo 38 de la Carta Árabe de Derechos Humanos⁴¹ establece que: «Every

35 ILC, *Identification of Customary International Law, Text of the Draft Conclusions as Adopted by the Drafting Committee on Second Reading*, UN Doc A/CN.4/L.908, 2018.

36 *Ibid.*

37 SAVARESI, A., «The UN HRC recognizes the right to a healthy environment and appoints a new Special Rapporteur on Human Rights and Climate Change. What does it all mean?», en *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 12 de octubre de 2021, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-un-hrc-recognizes-the-right-to-a-healthy-environment-and-appoints-a-new-special-rapporteur-on-human-rights-and-climate-change-what-does-it-all-mean/>

38 *Ibid.*

39 OUA, *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta De Banjul)*, Aprobada el 27 de julio de 1981, en el marco de la XVIII Asamblea de jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html>.

40 OEA, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: «Protocolo de San Salvador»*, Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b90.html>. Cabe señalar que en su Opinión Consultiva OC-23/17, la Corte IDH aclaró que el derecho del artículo 11 del Protocolo de San Salvador es directamente invocable ante la misma Corte a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

41 LEA, *Carta Árabe de Derechos Humanos*, aprobada el 22 de mayo de 2004 en el marco de la XXVI

*person has the right to an adequate standard of living for himself and his family, which ensures their well-being and a decent life, including food, clothing, housing, services, and the right to a healthy environment*⁴². *The States parties shall take the necessary measures commensurate with their resources to guarantee these rights*».

En otros instrumentos internacionales se reconoce el derecho al medio ambiente como parte de otros derechos humanos⁴³. Por ejemplo, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a disfrutar de las mejores condiciones de salud física y mental en un medio ambiente adecuado. Por otra parte, el artículo 28 de la Declaración de la ASEAN garantiza el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, lo cual incluye el derecho a un medio ambiente seguro, sano y sostenible.

Una vez más, el artículo 1 del Convenio de Aarhus, del que la Unión Europea es parte, establece que los Estados deben garantizar el derecho de acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente para contribuir a la protección del derecho de toda persona y de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar. Además, en Europa, la protección del medio ambiente está consagrada en numerosas disposiciones constitucionales⁴⁴.

En el viejo continente, sin embargo, el principal tratado de derechos humanos, el CEDH, no reconoce un derecho autónomo a un medio ambiente seguro. No obstante, el TEDH ha ofrecido reiteradamente protección al medio ambiente a través de la interpretación y aplicación de los artículos 2 y 8 del CEDH, que consagran el derecho a la vida y el derecho a la vida privada y familiar, aunque su jurisprudencia no siempre ha sido coherente. Si bien, en el caso *Hatton c. Reino Unido*, el TEDH declaró que no existe un derecho explícito a un medio ambiente seguro y saludable y que los Estados disponen de un amplio margen de discrecionalidad en materia de políticas medioambientales⁴⁵, en el caso *Tătar c. Romania*, el Tribunal afirmó que el Estado demandado tenía el deber de adoptar medidas aptas para prevenir posibles amenazas no solo al derecho a la vida privada y familiar, sino también, «de forma más general, a un medio ambiente seguro y saludable»⁴⁶. Siempre en el contexto europeo, aunque solo sea en relación con los Estados miembros de la UE, merece la pena considerar las acciones puestas en marcha por las Instituciones de la UE para implementar el

Cumbre de la Liga de los Estados Árabes reunida en Túnez, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>

42 Letra cursiva añadida.

43 FITZMAURICE, M., WONG, M. S., CRAMPIN, J., *International Environmental Law, Text, Cases and Materials*, Elgar, 2022, págs. 118-153.

44 El derecho a un medio ambiente sano está previsto en los ordenamientos jurídicos de los siguientes países: Azerbaiyán, Bulgaria, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Noruega, Montenegro, Portugal, Moldavia, Rumanía, Rusia, Turquía y Ucrania. Cf. Anexo II del A/HRC/43/53 del 30 de diciembre de 2019.

45 STEDH, *num. 36022/97, de 8 de julio de 2003 (Hatton and others c. The United Kingdom)*, párr. 96-104. El fallo del Tribunal llevó a la doctrina a calificar como «engañosa y errónea» la lectura de la jurisprudencia del TEDH sobre el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano. Cf. FITZMAURICE, M., «A Human Right to a Clean Environment: A Reappraisal», en *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2015*, obra colectiva, coordinador Giuliana Ziccardi Capaldo, Oxford Academic, noviembre de 2016, págs. 219-234.

46 STEDH, *núm. 67021/01, de 27 de enero 2009 (TĂTAR V. Romania)* pár. 107.

así conocido «*Green Deal* europeo». La reelaboración de las distintas políticas energéticas y medioambientales europeas ha llevado a la adopción de medidas y/o objetivos más estrictos destinados a alcanzar la neutralidad climática en 2050 con el objetivo preciso de proteger el medio ambiente. A título de ejemplo, las reformas propuestas de la legislación sobre los delitos contra el medio ambiente⁴⁷, pero también la legislación propuesta sobre la restauración de la naturaleza⁴⁸, tienen claramente como objetivo la protección del medio ambiente. Esto lleva a suponer que, aunque en el contexto europeo no exista un derecho autónomo al medio ambiente, los Estados reconocen de hecho su existencia implícita.

Lo anteriormente expuesto, unido al hecho de que el derecho a un medio ambiente sano está recogido en los ordenamientos jurídicos de 156 países, es decir, el 80 % de la comunidad internacional, constituye un argumento convincente a favor del papel desempeñado por la Resolución 76/300 en la cristalización de la existencia de un derecho consuetudinario a un medio ambiente sano.

III. La responsabilidad empresarial en el derecho internacional: *¿quo vadis?*

La subjetividad de las empresas y su responsabilidad internacional ha sido un tema ampliamente debatido desde tiempos remotos en la doctrina⁴⁹. Este debate también se vio acentuado por las palabras utilizadas por la CIJ en el asunto de *Barcelona Traction*, en el que la Corte reconoció que «*the corporate personality represents a development brought about by new and expanding requirements in the economic field, an entity which in particular allows of operation in circumstances which exceed the normal capacity of individuals*»⁵⁰. No obstante, los debates que surgieron a principios de los años setenta pronto se enfrentaron al enfoque estado-céntrico del Derecho internacional: las empresas no se consideraban ni

47 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituye la Directiva 2008/99/CE, del 15 de diciembre de 2021, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0851>.

48 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la restauración de la naturaleza, del 22 de junio de 2022. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f5586441-f5e1-11ec-b976-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_1&format=PDF.

49 Para una reconstrucción completa de la evolución doctrinal, véase IGLESIAS MÁRQUEZ, D., «Explorando las fronteras del derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos», en *Revista Internacional Y Comparada De Derechos Humanos*, Año 2018, Vol. 1, núm. 1, Julio-Diciembre 2018, pág. 165-214.

50 SCIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*; *Second Phase*, Sentencia del 5 febrero de 1970 par. 39, disponible en: <https://www.refworld.org/cases/ICJ,4040a-ec74.html>.

sujetos naturales, como los Estados, ni sujetos artificiales, como las organizaciones internacionales⁵¹, del Derecho internacional⁵².

El acontecimiento de episodios de graves violaciones a los derechos humanos y desastres ambientales relacionados con la conducta de las empresas, sumado a su papel consolidado en un nuevo mundo globalizado y privatizado, ha hecho resurgir con fuerza la cuestión de la subjetividad de las empresas y su responsabilidad. En particular, en la doctrina se empezó a argumentar que para hacer frente a estas conductas lesivas de los derechos humanos de las personas era necesario aplicar a las empresas las normas del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho penal internacional⁵³.

El consiguiente debate ha dividido la doctrina internacionalista en dos facciones diametralmente opuestas. Por un lado, los defensores del reconocimiento de la personalidad jurídica de las empresas argumentan que la actual estructura del Derecho internacional ya prevé derechos y obligaciones atribuibles a las empresas a través de tratados y acuerdos, como el CEDH y las normas de protección de las inversiones extranjeras, así como a través de su creciente participación en los foros de negociación internacionales. Por estas razones, las empresas serían ya sujetos *sui generis* de Derecho internacional con una capacidad jurídica diferente a la de los Estados, en línea con lo que afirmó la CIJ en su Opinión consultiva sobre Reparación por Daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 1949⁵⁴.

51 Como es bien sabido, originalmente sólo los Estados eran considerados sujetos de Derecho internacional. Una evolución en este sentido se registró con la Opinión consultiva de la CIJ sobre Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 1949 en el que la CIJ reconoció la personalidad jurídica internacional de las Naciones Unidas argumentando que: «*The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States. This development culminated in the establishment in June 1945 of an international organization whose purposes and principles are specified in the Charter of the United Nations. But to achieve these ends the attribution of international personality is indispensable.*» Cf. CIJ, Opinión consultiva sobre Reparación por Daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 11 abril de 1949 pág. 8, disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>. Véase también CASSESE, A., *International Law*, 2a. ed., Oxford University Press, 2005, pág. 71.

52 BAADE, H.W., «The Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises», en *German Yearbook of International Law*, vol. 22, 1979, págs. 11-52.

53 KARAVIAS, M., *Corporate Obligations under International Law*, Oxford Monographs in International Law, 2013.

54 CHIUSI CURZI, L., *General Principles for Business and Human Rights in International Law*, BRILL, 2020, pág. 288; CLAPHAM, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, págs. 68-69; HEINEMANN, A., «Business Enterprises in Public International Law: The Case for an International Code on Corporate Responsibility» en *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, obra colectiva, coordinadores Ulrich Fastenrath y otros, Oxford Academic, 2011, págs. 718–735. Véase también LAUTERPACHT, H., *International law: being the collected papers of Hersch Lauterpacht*. Vol. 2. Cambridge University Press, 1970. p. 284.

Por otro lado, los críticos han argumentado que el Derecho internacional se dirige a las empresas de forma indirecta y que los casos de regulación directa son la excepción⁵⁵; que su papel en la formación del Derecho internacional, aunque se ha ampliado en los últimos años, sigue siendo limitado⁵⁶; que las empresas no son titulares directas de obligaciones en materia de derechos humanos en virtud del derecho internacional y que tales obligaciones pueden descender sobre ellas a través de las normas del Derecho interno, pero en aplicación de la obligación de los Estados de garantizar la protección de los bienes jurídicos bajo su tutela⁵⁷.

En el medio, no han faltado posiciones intermedias que separan la cuestión de la subjetividad de las empresas de la de sus obligaciones en virtud del Derecho internacional. De hecho, ha sido argumentado que, si bien las empresas no figuran entre los sujetos del Derecho, esto no impide la creación de obligaciones para ellas⁵⁸.

La adopción de los Principios Rectores de la ONU, que son el primer instrumento mundial sobre la responsabilidad de las empresas, no ha resuelto el contraste doctrinal anteriormente descrito. En efecto, la previsión del deber de los Estados de proteger los derechos humanos en caso de violación por particulares, por un lado, y el reconocimiento de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, por otro lado, han dejado sustancialmente inalterado el 'ring' doctrinal.

A esto se añade la negociación en curso en el CDH —que lleva casi diez años— de un instrumento vinculante sobre las actividades de las empresas. En los primeros borradores divulgados, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos queda relegada al Preámbulo del cuarto proyecto de Tratado⁵⁹. Por lo demás, las disposiciones provisionales del texto negociado hasta ahora solo contemplan obligaciones vinculantes para los Estados, de las que se derivaría el deber de estos de dotarse de una legislación interna capaz de prevenir y remediar cualquier conducta violatoria de los derechos humanos resultante de la actividad empresarial⁶⁰.

En este contexto jurídico y doctrinal fragmentado, donde se contraponen enfoques divergentes, incluso entre Estados, permanecen en la actualidad dos verdades al menos irrefu-

55 VÁZQUEZ, C. M., «Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law», en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, num. 3, 2005, págs. 927-959, disponible en <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/980>.

56 *Ibid.*

57 DE BRABANDERE, E., «Human Rights Obligations and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate Responsibility», en *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 4, Num. 1, págs. 66-88, 2010.

58 KARAVIAS, M., *Corporate Obligations under International Law*, Oxford Monographs in International Law, 2013, pág. 16.

59 CDH, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9, 14 de julio de 2014. El último borrador es disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf>

60 Sobre el tema véase DE ERICE ARANDA, L. S.-IGLESIAS MÁRQUEZ, D., «Empresas transnacionales y el derecho humano a un medioambiente sano: perspectiva ambiental de las propuestas normativas de conducta empresarial responsable», en *NULLIUS: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*. vol. 3, núm. 2, octubre de 2022, págs. 131–156.

tables: no existe ningún instrumento internacional vinculante que reconozca el deber de las empresas de respetar los derechos humanos, pero ningún Estado, ningún jurista y ningún académico, al igual que ninguna empresa multinacional, afirmarían jamás que las empresas no tienen el deber de respetar las normas de derechos humanos, independientemente de la base jurídica en la que se fundamenta esta obligación. De hecho, como veremos en las secciones siguientes, la responsabilidad de las empresas en la lucha contra el cambio climático es un tema cada vez más recurrente, invocado en los tribunales de muchos países y en distintos foros internacionales.

IV. La configuración del derecho a un medio ambiente sano en las empresas

Adicionalmente La Resolución 76/300 también contiene una exhortación a las empresas para que adopten medidas positivas que garanticen el pleno disfrute del derecho a un medio ambiente sano, limpio y sostenible. Una referencia directa a las empresas que deriva del impacto que la actividad empresarial puede tener en los derechos humanos y el medio ambiente.

Pensemos en la posible contaminación del suelo del aire y de la atmósfera y sus consecuencias. O también, en el supuesto de las empresas energéticas que, con sus actividades contribuyen significativamente a las emisiones de gases de efecto invernadero (en adelante, GEI) que, a su vez, influyen en el cambio climático, cuyos efectos afectan negativamente al medio ambiente y los derechos de las personas.

Como es sabido, las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos⁶¹. Esta responsabilidad recae sobre las empresas a partir de cuatro instrumentos internacionales no vinculantes, esto es, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales; la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales; la política social el Pacto Mundial de la ONU; y los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos⁶².

Según los Principios Rectores, que son los únicos instrumentos mencionados en la Resolución 76/300, la responsabilidad empresarial se materializa en la adopción de mecanismos y procedimientos de diligencia debida destinados a identificar, prevenir y comunicar cualquier

61 CDH, *Informe del Representante Especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie: *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*, UN Doc. A/HRC/17/31, aprobados el 21 de marzo de 2011.

62 CHIUSI CURZI, L., *General Principles for Business and Human Rights in International Law*, BRILL, 2020, págs. 23-153; DE BRABANDERE, E., «Human Rights Obligations and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate Responsibility», en *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 4, Num. 1, págs. 66-88, 2010; IGLESIAS MÁRQUEZ, D., «Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas», en *Anuario Mexicano De Derecho Internacional*, núm. 20, 2020, págs. 85-134. <https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2020.20.14472>.

impacto negativo actual o potencial sobre los derechos humanos derivados o relacionados con las actividades, operaciones, productos o servicios de las empresas⁶³.

Sin embargo, los Principios Rectores no contiene una referencia explícita a la dimensión medioambiental y a su protección⁶⁴. Los Principios Rectores se limitan a afirmar que los derechos humanos que las empresas deben respetar, y cuya violación puede generar responsabilidad para estas, son derechos humanos internacionalmente reconocidos⁶⁵.

A pesar de la falta de una mención al medioambiente y a su protección en los Principios Rectores, la responsabilidad de las empresas de respetar el derecho a un medio ambiente sano se deduce en la doctrina tanto de la obligación general de los Estados de prevenir los daños medioambientales transfronterizos derivados de las actividades industriales realizadas en su territorio o bajo su jurisdicción, como de la facultad de los Estados de incluir en su legislación nacional de transposición de los Principios Rectores deberes de las empresas a este respecto⁶⁶. Paralelamente, se han desarrollado una serie de instrumentos a nivel internacional para colmar el vacío dejado por los Principios Rectores. En este sentido, el Relator Especial sobre derechos humanos y medio ambiente, John Knox, desarrolló al final de su segundo mandato los Principios marcos sobre derechos humanos y medio ambiente⁶⁷, los cuales esclarecen las obligaciones de los Estados en la prevención y corrección de vio-

63 En concreto, las empresas pueden estar implicadas en violaciones de los derechos humanos de tres formas distintas. Una empresa puede causar, contribuir o estar directamente relacionada con impactos negativos sobre los derechos humanos directamente relacionados con sus actividades. En caso de que la actividad empresarial afecte negativamente a los derechos humanos, las empresas deben tomar una serie de medidas para evitar su responsabilidad. En primer lugar, las empresas deben emitir una declaración en la que aclaren su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Además, las empresas deben emprender un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos, que consiste en identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de las repercusiones que sus actividades pueden tener en los derechos humanos. Este proceso requiere un análisis y una evaluación exhaustivos de los impactos negativos reales o potenciales que puedan derivarse de las actividades empresariales. Paralelamente, las empresas deben disponer de mecanismos y procedimientos para reparar cualquier impacto negativo sobre los derechos humanos que causen o al que contribuyan. Este proceso de diligencia debida debe permitirles identificar y evaluar esos impactos negativos reales o potenciales sobre los derechos humanos; integrar y adoptar medidas en función de las conclusiones; supervisar las respuestas adoptadas; y, comunicar la forma en que se están abordando. Sobre el tema véase CHIUSI CURZI, L., *General Principles for Business and Human Rights in International Law*, Brill, 2020, págs. 23-53.

64 Dimensión que se encuentra en las Líneas Directrices.

65 Principio Rector núm.12.

66 IGLESIAS MÁRQUEZ, D., «Las obligaciones de los Estados de prevenir y remediar violaciones de derechos humanos cometidas por empresas en el contexto del medio ambiente», en *El Plan de acción nacional sobre empresas y derechos humanos en España: evaluación, seguimiento y propuestas de revisión*, obra colectiva, coordinadores María del Carmen Márquez Carrasco, Daniel Iglesias Márquez, Francisco Antonio Domínguez Díaz, Aranzadi Thomson Reuters, 2019. p. 193-213.

67 CDH, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, John Knox, 1 de febrero de 2016, UN Doc. A/HRC/31/52.

laciones de derechos humanos originadas por los efectos ambientales de las operaciones empresariales⁶⁸.

De hecho, los Principios marco 1 y 2 establecen el deber de los Estados de garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. El propósito principal de esta obligación es el respeto, la protección y la efectividad de los derechos humanos. Para lograr esto, los Estados deben adoptar medidas para prevenir y reducir eventuales injerencias en los derechos humanos y el disfrute del medio ambiente. En cambio, el Principio marco 12 establece que los Estados deben garantizar la aplicación efectiva de sus normas ambientales por las entidades de los sectores público y privado. Para conseguir este deber, los Estados tienen que regular las acciones de las empresas para prevenir abusos contra los derechos humanos que puedan surgir como consecuencia del daño ambiental causado por sus actividades, ofreciendo también medidas de recurso en caso de abusos. Además, en concordancia con los Principios Rectores, el Principio marco 12 enfatiza que los Estados deben asegurar que las empresas cumplan con todas las leyes ambientales vigentes y que asuman compromisos normativos claros en línea con su responsabilidad de respetar los derechos humanos a través de la protección del medio ambiente.

Por lo tanto, como se ha argumentado en la doctrina, los Principios marco pueden cumplir de guía práctica e interpretativa para colmar el vacío dejado por los Principios Rectores en relación con la dimensión medioambiental⁶⁹.

La responsabilidad de las empresas de respetar el derecho a un medio ambiente sano también podría deducirse a la luz de la Resolución 76/300. De hecho, podría argumentarse que la referencia explícita a las empresas en la Resolución 76/300 pretendía cristalizar el consenso entre los Estados sobre la adopción por parte de las empresas de mecanismos de diligencia debida también en materia medioambiental. Sin embargo, las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas constituye actos de *soft law*, ósea instrumentos por su naturaleza no vinculantes.

A pesar de que los actos de *soft law* no tienen el poder de conferir derechos y obligaciones legalmente vinculantes a sus destinatarios, parte de la doctrina sostiene que la efectividad de una norma no se determina por su capacidad para imponer sanciones, sino más bien por su tendencia a ser observada de forma espontánea y contribuir a la creación de un sistema de valores compartidos.⁷⁰ Para otra parte de la doctrina las normas de *soft law* pueden generar derechos y obligaciones para los Estados (no para las empresas) a la luz del principio general

68 IGLESIAS MÁRQUEZ, D., «Las obligaciones de los Estados de prevenir y remediar violaciones de derechos humanos cometidas por empresas en el contexto del medio ambiente», en *El Plan de acción nacional sobre empresas y derechos humanos en España: evaluación, seguimiento y propuestas de revisión*, obra colectiva, coordinadores María del Carmen Márquez Carrasco, Daniel Iglesias Márquez, Francisco Antonio Domínguez Díaz, Aranzadi Thomson Reuters, 2019. p. 193-213.

69 *Ibid.* pág 212.

70 TANZI, A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 7.ª ed., CEDAM, 2023, págs. 164-179.

de buena fe⁷¹. No faltan opiniones opuestas que no solo disienten de las tesis expuestas, sino que tampoco están de acuerdo con la distinción entre normas de *soft-law* y *hard-law*⁷².

Al margen de estas posiciones doctrinales, también podría sostenerse que la responsabilidad empresarial surge como resultado de la violación de aquellos derechos sustantivos que incluye el derecho humano a un medio ambiente saludable, ya que estos sí están contenidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos⁷³. Este planteamiento sería también coherente con la tendencia a reclamar la plena aplicación de los Principios Rectores en el contexto del cambio climático,⁷⁴ debido a que la plena implantación del proceso de diligencia debida acabaría inevitablemente por proteger el clima y, por lo tanto, el medio ambiente.

De nuevo, como se ha visto en el epígrafe anterior, se podría argumentar también que el derecho a un medio ambiente sano es una norma consuetudinaria y que su existencia como tal ha sido cristalizada por la ya citada Resolución 76/300. Incluso tal argumento llevaría a la inevitable conclusión de que entre los derechos humanos internacionalmente reconocidos que las empresas deben respetar se encuentra el derecho a un medio ambiente seguro y saludable.

71 SCHACHTER, O., «Non-Conventional Concerted Acts», en *International law: Achievements and prospects*, obra colectiva, coordinador Mohammed Bedjaoui, Brill, 1992, pág 268.

72 «While this idea of soft law has received a great deal of scholarly attention in recent years, I find the use of the term quite troubling. Due to its oxymoronic nature, it produces exactly the kind of imprecision that this chapter seeks to avoid. If a rule meets the criteria for law, then it should be called "law." If, however, the rule is not binding –as soft law has been described to be– then it should not have law anywhere in its name. If the rule is not obligatory, but is "habitually complied with," a "rule of the game" seems to be a much more appropriate term. Given, in particular, the disdain with which international law is held by some international relations scholars, the concept of soft law seems to serve no purpose except to confuse matters and dilute the distinctive nature of legal rules». Cf. AREND, A. C., *Legal Rules and International Society*, Oxford University Press, 1999, pág. 25. Para una reconstrucción sobre el tema véase CRAWFORD, E., «¿What Is 'Soft' Law? An Analysis of the Concept of Non-Binding Instruments and Provisions in International Law», en *Non-Binding Norms in International Humanitarian Law: Efficacy, Legitimacy, and Legality*, Oxford Monographs in International Humanitarian & Criminal Law, 2021, págs 8-39. Véase también FRANCONI, F., «International 'Soft Law': a Contemporary Assessment», en *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, obra colectiva, coordinadores Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, Cambridge University Press, 1996, págs 167-178. El autor observa que el derecho internacional no sólo prevé normas de contenido "soft", sino también remedios y mecanismos de aplicación "soft", es decir, aquellos mecanismos de supervisión que tienden a examinar el estado de cumplimiento en el ámbito de los derechos humanos no accionables, como los derechos económicos, sociales y culturales para los que se creó en 1987 un Comité Especial en el seno del Consejo Económico y Social (ECOSOC).

73 Sobre la Carta Internacional de Derechos Humanos véase PEZZANO, L., «La Carta Internacional de Derechos Humanos: su valor en el Derecho Internacional y en la práctica de las Naciones Unidas», en *Cuaderno de Derecho Internacional*, núm. XI, 2016, véase. 41-73.

74 IGLESIAS MÁRQUEZ, D., «Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas», en *Anuario Mexicano De Derecho Internacional*, núm. 20, 2020, véase. 85-134. <https://doi.org/10.22201/ii-j.24487872e.2020.20.14472>.

Si, por tanto, el derecho humano a un medio ambiente sano figura entre los derechos humanos que las empresas deben respetar para no incurrir en responsabilidad empresarial, es importante tener en cuenta que la responsabilidad de las empresas sigue siendo un estándar de conducta esperada basada en preceptos morales y expectativas sociales⁷⁵, que no constituyen una obligación jurídicamente vinculante según el Derecho internacional.

V. Responsabilidad Empresarial y Cambio Climático

Hoy en día, la atención de la comunidad internacional, los gobiernos individuales, la sociedad civil y los medios de comunicación se centra en el cambio climático y sus efectos potencialmente destructivos para el medio ambiente y la humanidad. Desde hace años, los Estados se ven presionados por las ONGs y la sociedad civil. Estos últimos exigen a los primeros que adopten medidas inmediatas y concretas para mitigar los efectos del cambio climático.

A pesar de que son Estados los que tienen el poder normativo y legislativo para influir en las emisiones mundiales de GEI, cada vez más las empresas tienen que rendir cuentas de sus políticas, que son objeto de campañas, iniciativas y llamamientos por parte de ONGs, así como de los organismos de la ONU, destinados a sensibilizar y conseguir un mayor compromiso por su parte para la protección del clima y la mitigación de los efectos del cambio climático⁷⁶.

75 Sobre el tema se vea: FASCIGLIONE, M., «Per uno studio dei Principi Guida ONU su imprese e diritti umani», en *I Principi Guida ONU su imprese e diritti umani*, CNR Edizioni, 2020, véase. 35-58; DE BRABANDERE, E.- HAZELZET, M., «Corporate Responsibility and Human Rights: Navigating between international, domestic and self-regulation», en *Research Handbook on Human Rights and Investment. Research Handbooks in International Law*, obra colectiva, coordinador Radi Yannick, Edward Elgar, 2018, págs.221-243; CHIUSI CURZI, L.-MALAFOSSE, C., «A Public International Law Outlook on Business and Human Rights» en *International Community Law Review*, vol. 24(1-2),2022, págs. 11-35. <https://doi.org/10.1163/18719732-bja10070>; DE BRABANDERE, E., «Human Rights Obligations and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate Responsibility», en *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 4, Num. 1, págs. 66-88, 2010.

76 Véase por ejemplo: ACNUDH, *Understanding Climate Change", Submission to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change 2015*, del 27 de noviembre de 2015 pág. 8, disponible en: <https://www.unclearn.org/resources/library/understanding-human-rights-and-climate-change/>; CDH, *Los derechos humanos y el cambio climático, A/HRC/RES/35/20, 7 de julio de 2017*; CDN, *Observación General N.º 26 (2023) en Los derechos del niño y el medio ambiente, con especial atención al cambio climático, CRC/C/GC/26, 22 agosto 2022, pág.6*; ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Promoción y protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático: Nota del secretario general, A/78/255, 28 de julio de 2023*. Véase también el discurso del secretario general de la ONU en la apertura de la Cumbre sobre la Ambición Climática 2023 del 20 de septiembre de 2023 disponible en el sitio: <https://media.un.org/es/asset/k19/k19149xnsi>.

Esto se debe principalmente a dos factores: las empresas, especialmente las petroleras, han contribuido y siguen contribuyendo de forma significativa a las emisiones de GEI a la atmósfera⁷⁷. Además, esas mismas empresas pueden desempeñar un papel protagonista en el proceso de transición energética, llegando a influir y dirigirlo incluso frente a un comportamiento especialmente inactivo y/o proactivo por parte de los Estados.

Respecto a la contribución de las empresas a las emisiones de GEI a la atmósfera, se ha estimado que 25 de las principales empresas de combustibles fósiles, son responsables del 51 % de las emisiones de GEI de la industria mundial entre 1988 y 2017. El porcentaje se eleva al 71 % si se consideran las 100 primeras empresas del sector⁷⁸.

Por lo que se refiere al papel que pueden desempeñar las empresas en la transición energética, hace años que se debate sobre el tema, incluso en importantes foros internacionales. Por ejemplo, el estudio de Griffin, en el que se reconstruye el 71 % de las emisiones producidas por cerca de 100 empresas de combustibles fósiles, se sostiene que estas podrían contribuir a la transición reduciendo sus emisiones mediante el uso de combustibles fósiles más ligeros, los llamados biocombustibles⁷⁹, y participando en operaciones de compensación de emisiones de carbono⁸⁰. Más recientemente, la Agencia Internacional de la Energía (en adelante, AIE) publicó el informe actualizado *Net Zero Roadmap. A Global Pathway to Keep the 1.5 °C Goal in Reach 2023 Update*⁸¹ que describe una posible vía para que el sector energético alcance las emisiones cero en 2050. El tema se retomará más adelante.

Por tanto, las empresas se encuentran entre los mayores contribuyentes al cambio climático. Este último, a su vez, representa una de las amenazas más graves y actuales para el disfrute de los derechos humanos. Ya en 2009, el CDH señaló que: «el cambio climático tiene una serie de consecuencias, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de los derechos humanos [...]».⁸² Entre los derechos humanos amenazados por el cambio climático

77 GRIFFIN, P., *The Carbob Majors Database. CDP Carbon Majors Report*, 2017. Disponible en: <https://cdn.cdp.net/cdp-production/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf>.

78 *Ibid.* pág. 8.

79 Por biocarburantes se entienden, en su definición básica, los combustibles líquidos para el transporte derivados de la biomasa. Sin embargo, existen varios tipos de biocarburantes producidos a partir de la reutilización de materiales distintos de la biomasa. Las distintas definiciones pueden consultarse en el texto de la Directiva Red III: Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de octubre de 2023 por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2023/2413 del 31.10.2023.

80 GRIFFIN, P., *The Carbob Majors Database. CDP Carbon Majors Report*, 2017, p.12. Disponible en: <https://cdn.cdp.net/cdp-production/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf>.

81 AIE, *Net Zero Roadmap. A Global Pathway to Keep the 1.5 °C Goal in Reach Update*. Disponible en: https://iea.blob.core.windows.net/assets/13dab083-08c3-4dfd-a887-42a3ebe533bc/NetZeroRoadmap_AGlobalPathwaytoKeepthe1.5CGoalinReach-2023Update.pdf.

82 CDH, *Human rights and climate change*, Resolution adopted by the Human Rights Council, 25 marzo 2009, A/HRC/RES/10/4.

se encuentra —por las razones expuestas anteriormente— el derecho a un medio ambiente seguro y saludable.

Como ya se ha visto, entre los componentes sustantivos de este derecho se encuentra el derecho a un clima seguro, que se basa en las obligaciones derivadas de los tratados internacionales sobre medio ambiente, como la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, en la que los Estados se han comprometido a prevenir interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático⁸³. El derecho a un clima seguro ha sido descrito como el corolario obvio del derecho humano a un medio ambiente sano⁸⁴, aunque no han faltado visiones doctrinales opuestas que tienden a considerarlo como un derecho autónomo⁸⁵. No obstante, por lo que respecta a los objetivos de este trabajo, el hecho relevante son las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos.

A pesar del carácter no vinculante de la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, estamos asistiendo a una tendencia mundial —en la que encaja perfectamente el reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente sano— en la cual se insta a las empresas a adoptar medidas urgentes para mitigar los efectos del cambio climático.

Por un lado, existe la necesidad de imponer obligaciones cada vez mayores a las empresas en diversas iniciativas de la ONU⁸⁶. Prueba de ello son la Resolución 76/300 y la propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida⁸⁷. Por otro lado, se recurre cada vez más al litigio estratégico contra entidades no estatales con el fin de consolidar su responsabilidad

83 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible: Nota del Secretario General*, A/74/161, 15 de julio de 2019, par. 43.

84 VANDERHEIDEN, S., «7 Equity, Responsibility, and Climate Change Mitigation», en *Atmospheric Justice: A Political Theory of Climate Change*, Oxford Academic, 2008, págs. 221-258, <https://doi-org.ezproxy.unibo.it/10.1093/acprof:oso/9780195334609.003.0007>.

85 JEGEDE, A. O., «Arguing the Right to a Safe Climate under the UN Human Rights System», en *International Human Rights Law Review*, vol. 9(2), 2020, págs. 184-212. <https://doi.org/10.1163/22131035-00902001>.

86 Por ejemplo, en el Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible se pide a los Estados de: «vii) Exigir a las empresas que adviertan a las autoridades reguladoras y al público sobre los accidentes, los vertidos, las emisiones contaminantes y la presencia de sustancias químicas tóxicas en los productos; viii) Exigir a las empresas que depositen fianzas o suscriban seguros obligatorios por una cuantía suficiente para cubrir futuras responsabilidades derivadas de casos de polución o contaminación». CDH, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/HRC/49/53, 12 enero de 2022. En la Observación general núm. 24 de 2017 del CDESC se afirma que: «además, de conformidad con las normas internacionales, las empresas deben respetar los derechos enunciados en el Pacto, independientemente de si existe legislación interna y si esta se aplica plenamente en la práctica». Cf. CDESC, *Observación general núm. 24/2017*, UN Doc. E/C.12/GC/24, para 5, 10 de agosto de 2017.

87 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD), del 23 de febrero de 2022. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF.

en relación con el respeto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Ejemplo de esta última es el caso *Milieudefensie y otros c. Royal Dutch Shell*⁸⁸ (en adelante, RDS), en el que el Tribunal de La Haya ordenó a RDS reducir en un 45 % las emisiones directas e indirectas procedentes de sus propias actividades (emisiones *scope 1* y *2*), respecto los niveles de 2019, y pidió el máximo esfuerzo para reducir las emisiones indirectas de terceros (emisiones *scope 3*)⁸⁹.

La decisión del Tribunal de La Haya, aunque histórica, es el resultado de características propias del ordenamiento jurídico neerlandés basada en la ley neerlandés sobre la responsabilidad extracontractual. En concreto, el artículo 3:305-a⁹⁰ del Código civil neerlandés (en adelante, DCC) permitió a la asociación *Milieudefensie* representar y defender los intereses difusos de los ciudadanos; mientras el artículo 6:162⁹¹ del DCC permitió a los jueces reconocer un deber de diligencia por parte de RDS derivado de normas no escritas, pero generalmente aceptadas.

El estándar de cuidado no escrito en el que el Tribunal de la Haya fundó la obligaciones de RDS de reducir las emisiones de GEI fue construido por los jueces neerlandeses a través del análisis de diversos instrumentos, normativos y no normativos, algunos de los cuales han sido objeto de fuertes críticas (como es el caso del Informe Oxford).⁹² Entre ellos, se

88 TRIBUNAL DE LA HAYA, Sentencia sobre el recurso núm. C/09/571932 / HA ZA 19-379 del 26 de mayo 2021 (ECLI:NL:RBDHA:2021:5339).

89 Sobre el caso véase: IGLESIAS MÁRQUEZ, D., «Milieudefensie & otros v. Royal dutch shell plc: la delimitación de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en tiempos de crisis climática» en *Litigación en materia de empresas y derechos humanos: estudio de casos*, obra colectiva, coordinadores Antoni Pigrau i Solé y Daniel Iglesias Márquez, Tirant lo Blanch, 2023, págs. 153.184.

90 ARTICLE 3:305A [ADMISSIBILITY]: *A foundation or association with full legal capacity may initiate an action seeking to protect similar interests of other persons, provided that it advances those interests in accordance with its articles of association and that those interests are adequately safeguarded.* Disponible en: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle331111.htm>

91 ARTICLE 6:162 [DEFINITION OF A 'TORTIOUS ACT']: *1. A person who commits a tortious act (unlawful act) against another person that can be attributed to him, must repair the damage that this other person has suffered as a result thereof. 2. As a tortious act is regarded a violation of someone else's right (entitlement) and an act or omission in violation of a duty imposed by law or of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct, always as far as there was no justification for this behaviour. - 3. A tortious act can be attributed to the tortfeasor [the person committing the tortious act] if it results from his fault or from a cause for which he is accountable by virtue of law or generally accepted principles (common opinion).* Disponible en: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6633.htm>

92 Además el Tribunal de la Haya tuvo en cuenta los siguientes factores: la posición de Shell en el establecimiento de políticas dentro del grupo empresarial; las emisiones de CO₂ del grupo Shell; las consecuencias de las emisiones de CO₂ para los Países Bajos y la región de Wadden; el derecho a la vida y el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la ciudadanía holandesa y los habitantes de la región de Wadden; los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos; el control e influencia de la empresa matriz sobre las emisiones de CO₂ del grupo empresarial y sus relaciones comerciales; las medidas necesarias para prevenir el cambio climático; las posibles vías de reducción de emisiones; el doble desafío de frenar el cambio climático y satisfacer la creciente demanda de energía de la población mundial; el Sistema Europeo de Comercio de

dedicó un amplio espacio al análisis de los Principios Rectores, considerados como un acto de *soft law* autorizado y reconocido internacionalmente, apto para ser utilizado como guía en la interpretación del estándar implícito de diligencia. El Tribunal, a pesar de reconocer que los Principios Rectores imponen una mayor responsabilidad a los Estados, subrayó que la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos es independiente de la capacidad y voluntad de los Estados de cumplir con sus obligaciones en la materia. Según los jueces, no es suficiente que las empresas vigilen la evolución de los acontecimientos y sigan las medidas adoptadas por los Estados, sino que están sujetas a una responsabilidad individual. Por otra parte, «el respeto de los derechos humanos no es una responsabilidad pasiva: exige una acción por parte de las empresas».⁹³ A la luz de esta responsabilidad individual, el Tribunal declaró que RDS tenía que tomar medidas concretas para reducir las emisiones de GEI de sus actividades, ya que su responsabilidad individual no excluye el papel de los Estados y la sociedad en la promoción de la transición energética y el establecimiento de marcos políticos adecuados.⁹⁴

En concreto, el Tribunal de La Haya, basándose en el Principio Rector 13⁹⁵, estableció que RDS tenía que reducir sus emisiones de GEI en los distintos niveles de la cadena de valor de la empresa. Por lo tanto, los jueces neerlandeses establecieron que Shell tenía una obligación de resultado en relación con las emisiones *scope 1* y *2* y una obligación de mejores esfuerzos en relación con las emisiones *scope 3*, es decir, las emisiones indirectas de terceros, como los conductores que repostan. (las cuales corresponden al 85 % de las emisiones de la empresa).⁹⁶

En la doctrina no han faltado comentarios críticos sobre esta decisión. En concreto, se ha observado que la sentencia tiene ciertas carencias argumentativas en torno a varios aspectos

Emisiones y otros sistemas de comercio de emisiones aplicados en otras partes del mundo; la eficacia de la obligación de reducción de emisiones; la responsabilidad de los Estados y la sociedad en general; el costo para Shell y el grupo empresarial para cumplir con la obligación de reducción; la proporcionalidad de la obligación de reducción en relación con los demás factores considerados. IGLESIAS MÁRQUEZ, D., «Milieudéfensie & otros v. Royal dutch shell plc: la delimitación de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en tiempos de crisis climática» en *Litigación en materia de empresas y derechos humanos: estudio de casos*, obra colectiva, coordinadores Antoni Pigrau i Solé y Daniel Iglesias Márquez, Tirant lo Blanch, 2023 págs. 179-180.

93 TRIBUNAL DE LA HAYA, Sentencia sobre el recurso núm. C/09/571932 / HA ZA 19-379 del 26 de mayo 2021 (ECLI:NL:RBDHA:2021:5339), párr. 4.4.15.

94 *Ibid.* párr. 4.4.51.

95 El Principio Rector 13 establece que la responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.

96 IGLESIAS MÁRQUEZ, D., «Milieudéfensie & otros v. Royal dutch shell plc: la delimitación de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en tiempos de crisis climática» en *Litigación en materia de empresas y derechos humanos: estudio de casos*, obra colectiva, coordinadores Antoni Pigrau i Solé y Daniel Iglesias Márquez, Tirant lo Blanch, 2023 págs. 178-179. Además, el autor señala que, en la práctica, normalmente solo se exige la divulgación de las emisiones *scope 1* y *2*.

tos. Por una parte, ha sido observado considerado que el objetivo de mantener el aumento de la temperatura global entre 1,5°C y 2°C deriva de acuerdos políticos y no parte de una necesidad científica. Asimismo, se ha sostenido que no ha sido adecuadamente justificada la elección de la trayectoria de reducción de emisiones debido a que otros informes del IPCC sugieren trayectorias alternativas siempre en línea con el Acuerdo de París. Por último, se ha criticado que el tribunal asumiera que RDS debía reducir sus emisiones al mismo nivel de reducción de las emisiones globales, sin tener en cuenta la diversidad sectorial y estratégica de las distintas ramas de la economía⁹⁷.

Sin embargo, esta misma doctrina se muestra de acuerdo con el reconocimiento de la existencia de un deber de diligencia por parte de RDS, aunque se sostenga que su contenido ha sido erróneamente construido, así como que este ha estado enteramente basado en un razonamiento descendente⁹⁸. En efecto, dado que el deber de diligencia se basa en una norma abierta, la adopción de un razonamiento basado también en la práctica común de empresas similares a la demandada, habría proporcionado en el presente caso y podría proporcionar en decisiones futuras, una metodología más flexible, clara y completa, capaz de diversificar el deber de la empresa en función de sus características y, sobre todo, de modificarlo en función de la evolución de las expectativas de la sociedad⁹⁹.

No obstante las críticas doctrinales, y aunque pueda parecer difícil que esta decisión del Tribunal de la Haya sea trasladable a otras jurisdicciones dadas las características del sistema neerlandés, esta hipótesis no puede descartarse a la luz del caso *Urgenda*. En este asunto, el demandado era el Estado neerlandés y, por primera vez, el Tribunal de La Haya, en una sentencia confirmada por el Tribunal Supremo neerlandés, reconoció la obligación del Estado de reducir las emisiones de GEI debido a los efectos negativos del cambio climático sobre los derechos humanos¹⁰⁰. Una vez más, la decisión se basó en la construcción de una norma de diligencia no escrita en virtud del artículo 6:162 del DCC. A pesar de ello, y no obstante las críticas que se habían registrado en la doctrina contra la decisión de los jueces neerlandeses, a los que también se había acusado de activismo judicial, esto no había impe-

97 MAYER, B., «The Duty of Care of Fossil-Fuel Producers for Climate Change Mitigation: Milieudefensie v. Royal Dutch Shell District Court of The Hague (The Netherlands)», en *Transnational Environmental Law*, núm. 11(2) de julio 2022, págs. 407-418.

98 En concreto, Mayer distingue dos formas de razonamiento en el Derecho internacional: el «razonamiento descendente» y el «razonamiento ascendente». El primero deduce normas a partir de principios generales que constituyen la estructura del Derecho internacional, mientras el segundo induce normas a partir de la práctica general de los Estados. El autor sostiene que el Tribunal de Distrito de La Haya se basó en el razonamiento descendente, deduciendo el contenido de la obligación de mitigación de Shell de los acuerdos internacionales y los informes del IPCC, sin tener en cuenta las prácticas sectoriales de las empresas. Sobre el tema véase también BURGERS, L., «An Apology Leading to Dystopia: Or, Why Fuelling Climate Change Is Tortious», en *Transnational Environmental Law*, núm. 11(2) de julio 2022, págs. 419-431.

99 MAYER, B., «The Duty of Care of Fossil-Fuel Producers for Climate Change Mitigation: Milieudefensie v. Royal Dutch Shell District Court of The Hague (The Netherlands)», en *Transnational Environmental Law*, núm. 11(2) de julio 2022, págs. 407-418.

100 TRIBUNAL SUPREMO NEERLANDÉS, *Sentencia núm. 19/00135 del 20 de diciembre de 2019* (ECLI:NL:HR: 2019:2007).

dido que los tribunales de otros países adoptaran decisiones similares¹⁰¹. De hecho, se están registrando intentos de litigios climáticos contra empresas en diversas zonas del mundo.

En Francia, se han presentado recursos contra las empresas Total y BNP Paribas¹⁰². Todos los casos, comparten los mismos demandantes y se basan en la supuesta violación del artículo 225-102-4-I del Código de Comercio francés¹⁰³ que obliga a estas a elaborar un plan de vigilancia que contenga medidas para evitar que la actividad empresarial cause violaciones de los derechos humanos y daños al medio ambiente¹⁰⁴. En particular, los demandantes sostenía que las empresas demandadas no habían identificado adecuadamente los riesgos derivados de las emisiones de GEI derivadas de sus actividades.

Los casos también comparten la peculiaridad de que fueron presentados ante los tribunales ordinarios y no ante los mercantiles. La cuestión de la competencia fue abordada por la Corte de Casación de Francia, que dictaminó que el plan de vigilancia no constituía un acto de comercio y que el demandante no comerciante que deseara actuar con este fin tenía la opción de presentar su caso ante el tribunal civil o el tribunal comercial¹⁰⁵.

101 Véanse los casos *Notre Affaire à Tous and Others c. France, Commune de Grande-Synthe v. France, Neubauer et al. c. Germany*, entre otros.

102 *Friends of the Earth et al. c. Total, Notre affaire à tous and others c. Total, Notre Affaire à Tous Les Amis de la Terre, e Oxfam France c. BNP Paribas*. Los casos están disponibles en la plataforma *Climate Change Litigation Databases-Sabin Center*: <https://climatecasechart.com/>.

103 ARTÍCULO 225-102-4-I DEL CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS: «*Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance [...]*». Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000035181820.

104 En particular, el plan de vigilancia debe incluir: «un mapa de los riesgos para su identificación, análisis y priorización; un procedimiento de evaluación periódica de la situación de las filiales, subcontratistas o proveedores con los que se mantiene una relación comercial estable, según el mapeo de riesgos; las acciones de mitigación del riesgo o de prevención de daños graves; un mecanismo de alerta y recogida de informes relativos a la existencia y actualización del riesgo, establecido en consulta con los sindicatos representativos de la empresa; un mecanismo de seguimiento de las medidas puestas en práctica y una evaluación de su eficacia». Cf. IGLASIAS MÁRQUEZ, D., «Litigación climática, derechos humanos y responsabilidad empresarial: precedentes y tendencias», en *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, obra colectiva, coordinadores Francisco Javier Zamora Cabot, Lorena Sales Pallares, Maria Chiara Marullo, Thomson Reuters Aranzadi, 2022. pág. 204.

105 CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, *Sentencia núm. 893 FS-B del 15 de diciembre de 2021*, (ECLI:FR: CCASS:2021:CO00893), disponible en: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20211215_NA_decision.pdf. La decisión es relevante, ya que los tribunales mercantiles en Francia están compuestos por jueces elegidos por las propias empresas. Paralelamente es interesante señalar que el legislador francés también avanza en la dirección de confirmar la competencia de los tribunales ordinarios. Así, en noviembre de 2021, el Parlamento francés votó a favor de una ley que asignaría los litigios basados en la Ley sobre el deber de vigilancia al Tribunal Judicial de París en lugar de al tribunal mercantil. El nuevo art. L. 211-21 del *Code de l'organisation judiciaire* establece que: «*Le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce*».

Hasta el momento, en los casos que se han resuelto no ha recompensado a los demandantes. En el caso *Friends of the Earth et al. c. Total*, el Tribunal de París, en una medida de urgencia, consideró inadmisibile el recurso sin entrar en el fondo de las pretensiones, por «*différents de manière substantielle des demandes et griefs formés au jour des débats devant le juge des référés*»¹⁰⁶. También en el caso *Notre affaire à tous and Others c. Total*, el Tribunal de París aceptó algunas de las excepciones procesales planteadas por Total y desestimó el caso¹⁰⁷. En particular, se consideró que la notificación efectuada no cumplía los requisitos reglamentarios para establecer la comunicación entre las partes antes de proceder a la acción frente la autoridad judicial¹⁰⁸.

Por su parte, en Alemania se han producido múltiples litigios sobre el reconocimiento de la obligación de las empresas de reducir las emisiones, especialmente por parte de los mayores fabricantes de automóviles del país¹⁰⁹. No obstante, ninguno de ellos ha sido resuelto a favor de los demandantes debido a la falta de pruebas de que las empresas estén infringiendo las políticas estatales recientemente promulgadas —y cuyos efectos pueden no materializarse a corto plazo—. Si bien, actualmente están pendientes dos casos contra dos empresas energéticas alemanas. Entre ellos, presenta un particular interés el caso *Luciano Lliuya c. RWE*, aún pendiente. Este asunto fue iniciado por un ciudadano peruano, quien demandó a la empresa alemana RWE, alegando que sus emisiones de GEI habían creado un riesgo real y concreto que ponía en peligro su vivienda (situada en Perú).¹¹⁰ En primera instancia, el caso se consideró inadmisibile, al considerar que no podía identificarse una cadena causal lineal entre las emisiones de gases de GEI y el cambio climático. En segunda instancia, fue admitido. Los jueces ordenaron la realización de peritajes para determinar, por un lado, si la casa del demandante estaba expuesta al riesgo de inundaciones o desprendimientos de tierra como consecuencia del aumento del volumen del lago y, por otro, si las emisiones de RWE habían contribuido a ese riesgo¹¹¹.

En el Reino Unido, el Consejo de Administración de RDS —que después la sentencia del Tribunal de la Haya había trasladado su domicilio en UK— fue objeto de un nuevo litigio estratégico que comenzó y terminó en 2023 (*ClientEarth c. Board of Directors of Shell*). Los demandantes solicitaron, mediante una acción derivada, que el Tribunal Superior dictara una orden

106 TRIBUNAL DE PARÍS, Orden núm. 22/ 53943 del 28 de febrero de 2023 (núm. Portalis 352J-W-B7G-CXB4 M), pág. 23.

107 TRIBUNAL DE PARÍS, Orden núm. 22/03403 del 6 de julio de 2023 (núm. Portalis 352J-W-B7G-CW-N5A), pág. 15.

108 *Ibid.* pág. 18.

109 Véase los casos *Deutsche Umwelthilfe c. Daimler (Mercedes-Benz)*, *Deutsche Umwelthilfe c. BMW, Kaiser, et al. c. Volkswagen AG*, *Allhoff-Cramer c. Volkswagen AG e Barbara Metz et al.*, v. *Wintershall Dea AG*.

110 Para el demandante, las emisiones de gases de efecto invernadero de la empresa demandada habían facilitado el deshielo de los glaciares de una montaña cercana a su casa, aumentando así el tamaño volumétrico del lago Palcacocha. Estos hechos habían obligado al demandante a incurrir en gastos para evitar los daños derivados de la inundación del lago. De ahí la reclamación de una indemnización del 0,47 % (porcentaje estimado de las emisiones producidas por RWE a nivel mundial) por los costes de adaptación incurridos por el demandante y las autoridades locales.

111 TRIBUNAL REGIONAL SUPERIOR DE HAMM, *Orden del 27 de septiembre de 2021*, disponible en: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210927_Case-No.-2-O-28515-Essen-Regional-Court_order.pdf.

que obligara al Consejo de Administración de Shell a adoptar una estrategia de gestión del riesgo climático en consonancia con las obligaciones que le incumben en virtud de la Ley de sociedades y de conformidad con la sentencia del Tribunal de La Haya en el asunto RDS. Cabe señalar que, además de la ONG ClientEarth, varios inversores institucionales de Shell, titulares de más de 12 millones de acciones de la empresa (0,17 % del capital social), apoyaron la demanda. El caso fue rechazado por el Tribunal Superior a principios de mayo ya que consideró que las demandas carecían de fundamento y respondían a intereses ajenos a la empresa. En particular, el Tribunal Superior declaró que no existía una metodología universalmente aceptada para alcanzar los objetivos de reducción de emisiones de Shell y que la ley respetaba la autonomía de la toma de decisiones de los directores en cuestiones comerciales¹¹². A los demandantes les fue otorgada la oportunidad de revisar la decisión. Sin embargo, el Tribunal Superior confirmó la decisión anterior puesto que:

« [...] *the evidence does not engage with the issue of how the Directors are said to have gone so wrong in their balancing and weighing of the many factors which should go into their consideration of how to deal with climate risk, amongst the many other risks to which Shell's business will inevitably be exposed, that no reasonable director could properly have adopted the approach that they have. This is a fundamental defect in ClientEarth's case because it ignores the fact that the management of a business of the size and complexity of that of Shell will require the Directors to take into account a range of competing considerations, the proper balancing of which is a classic management decision with which the court is ill-equipped to interfere*»¹¹³.

Por lo que se refiere a la situación en Italia, debe señalarse que recientemente la empresa Eni ha sido demandada ante el Tribunal Civil de Roma porque, según lo que se menciona en la página web dedicada al recurso, «las acciones de la empresa agravan la crisis climática y

112 TRIBUNAL SUPERIOR DE INGLATERRA Y GALES, *Sentencia sobre el Recurso núm. BL-2023-000215*, del 12 de mayo de 2023 ([2023] EWHC 1137 (Ch)), pág. 47.

113 TRIBUNAL SUPERIOR DE INGLATERRA Y GALES, *Sentencia sobre el Recurso núm. BL-2023-000215*, del 24 de julio de 2023 (Neutral Citation Number: [2023] EWHC 1897, Ch), pág. 66.

Aunque es difícil no suscribir el escrutinio del tribunal inglés, no hay que subestimar el modelo de litigio explotado por ClientEarth. Frente a los intentos de litigio estratégico con un enfoque que combina el derecho de daños y el derecho de los derechos humanos, una acción de responsabilidad contra los directivos, destinada a revisar la estrategia corporativa de una empresa que aplica políticas insuficientemente sostenibles, tendría el mérito de superar el obstáculo del carácter no vinculante del deber de las empresas de respetar los derechos humanos. De hecho, es probable que las empresas que sigan considerando el cambio climático únicamente como una cuestión de responsabilidad social corporativa y no como una cuestión corporativa, sufran importantes consecuencias. Es cierto que las políticas climáticas de una empresa están influidas por las expectativas de las partes interesadas y las normas de responsabilidad social, pero el impacto del clima en las operaciones empresariales es ahora tan evidente y cierto que requiere un enfoque estratégico más que filantrópico. Por otra parte, un fenómeno climático extremo no sólo causa perjuicios a los particulares que ven afectados sus derechos, sino también a las empresas que se enfrentan a costes extraordinarios no siempre presupuestados que comprimen sus intereses. Estudios recientes afirman que, incluso asumiendo hipótesis muy conservadoras sobre los daños económicos causados por el cambio climático y las responsabilidades atribuidas a las empresas, resulta evidente que estas “responsabilidades climáticas” pueden acarrear importantes costes económicos y financieros, tanto para las propias empresas como para los inversores que las poseen.

violan los derechos humanos». Los demandantes —Green Peace Italia, ReCommon y ciudadanos particulares—, inspirándose en sus argumentos jurídicos claramente en el caso Shell, solicitan que se ordene a la empresa reducir sus emisiones de GEI en un 45 % para finales de 2030 en comparación con los niveles de 2020, o, en otra medida que se determine en el curso del procedimiento, que garantice el cumplimiento de los escenarios elaborados por la comunidad científica internacional para mantener el aumento de la temperatura dentro de 1,5 grados. En apoyo de sus demandas, los demandantes aducen la jurisprudencia del TEDH sobre los artículos 2 y 8 CEDH, los Principios Rectores y el discutido Informe Oxford¹¹⁴.

Este asunto presenta algunas peculiaridades interesantes, dado que también se demanda al Ministerio de Economía y a *Cassa Depositi e Prestiti*¹¹⁵, considerados responsables de las decisiones de la empresa en su calidad de accionistas, así como con relación a la influencia ejercida sobre la empresa. El caso Eni parece constituir una evolución de los litigios climáticos. Una nueva forma de controversia que combina el litigio clásico contra los Estados con el litigio más reciente contra las empresas.

Además, se observa que el escrito de requerimiento menciona una serie de eventos atmosféricos extraordinarios, que se imputan al cambio climático y, por lo tanto, a Eni, ya que se describe a la empresa como «el principal culpable italiano». Entre ellos, sorprende la inclusión de la activación de MOSE en la laguna de Venecia. De hecho, los demandantes alegan que, aunque constituye una obra de adaptación a los efectos del cambio climático, la activación de este mecanismo de protección requiere importantes gastos para cada una de sus operaciones, que podrían destinarse a otros fines. Asimismo, los demandantes sostienen que la activación de la obra causaría daños al ecosistema marino de la laguna.

La decisión de los demandantes de responsabilizar a la empresa de fenómenos meteorológicos extremos concretos es cuestionable. Es bien sabido que la causalidad suele distinguirse en causalidad general y causalidad específica. La primera se refiere a un nexo general entre el aumento de las emisiones antropogénicas de GEI y los daños causados por el cambio climático. La segunda requiere la prueba de que una actividad específica ha causado un daño concreto. Aunque la causalidad general suele reconocerse, ya que existe un consenso internacional inequívoco sobre la relación entre el cambio climático y los GEI, la causalidad específica sigue siendo difícil de demostrar, debido a que no existe una metodología científica que sea capaz de atribuir el origen de un fenómeno meteorológico concreto¹¹⁶.

Al otro lado del Atlántico, en los Estados Unidos de América, son numerosas las empresas que han sido demandadas ante tribunales estatales. Sin embargo, la competencia estatal respecto al conocimiento de estos asuntos ha sido cuestionada. Finalmente, tras numerosas decisiones contradictorias entre jueces estatales y jueces federales, el 25 de abril de

114 Véase el Acto de citación disponible en: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2023/20230509_19287_summons.pdf.

115 La Cassa Depositi e Prestiti es una sociedad de capital de control público cuyo accionista mayoritario es el Ministerio de Economía y Hacienda, que posee el 82,77 % de sus acciones.

116 VOIGT, C., «State Responsibility for Climate Change Damages», en *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, núm. 1-2, 2008, págs. 1-22, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1145199>. Sul tema si veda anche OTTO, F. y otros, «Causality and the fate of climate litigation: The role of the social superstructure narrative», en *Global Policy*, vol. 13, 2022, págs. 736-750. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1758-5899.13113>.

2023, esta duda jurisdiccional ha sido resuelta por el Tribunal Supremo al resolver el *petition for certiorari* presentada por el gigante energético estadounidense EOG. Esta compañía pretendía afirmar la competencia de los tribunales federales, sin embargo, el Tribunal Supremo declaró que la competencia correspondía a los jueces estatales¹¹⁷.

Por último, puede ser útil tener en consideración algunas tendencias recientes en el ámbito del Arbitraje de las que se deriva el reconocimiento de una responsabilidad teórica de las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente. Así pues, en los casos *Urbaser c. Argentina*¹¹⁸ y *David R. Aven c. Costa Rica*¹¹⁹, los tribunales arbitrales se han pronunciado sobre la legitimidad de las contrarreclamaciones basadas en cuestiones de derechos humanos y medioambientales interpuestas por los Estados contra los inversores. En ambos casos se ha reconocido abstractamente esta posibilidad, aunque no se han admitido las reconvencciones¹²⁰.

En concreto, en el caso *Urbaser*, el Tribunal Arbitral rechazó el fondo de la reconvencción formulada por el Estado en relación con el derecho humano al agua, ya que el contrato de concesión no preveía ninguna obligación del inversor a este respecto¹²¹. Sin embargo, el Tribunal señaló que, si la conducta del inversor hubiera comprometido el disfrute de los derechos humanos, la decisión hubiera podido ser diferente. Esto se debe a la existencia de una obligación negativa de la empresa de respetar los derechos humanos. En el asunto *Aven*, en cambio, la demanda reconvenccional fue rechazada por motivos procesales, ya que no había sido suficientemente motivada en relación con los daños reclamados y no había adoptado una metodología de evaluación adecuada, como establecen los artículos 20 y 21 de la CNUDMI¹²². No obstante, el Tribunal llegó a afirmar, aunque sin consecuencias, que la empresa había violado el derecho internacional consuetudinario de protección del medio ambiente¹²³.

Las mencionadas decisiones arbitrales fueron objeto de un vivo debate doctrinal, en el cual se subrayó la débil base argumental en la que se fundamenta la obligación de las empre-

117 Corte Suprema de Estados Unidos, Recurso núm. 22-495, Orden del 24 de abril de 2023, disponible en: https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/042423zor_1p24.pdf.

118 CIADI, *Laudo núm. ARB/07/26*, del 8 de diciembre de 2016.

119 CNUDMI, *Laudo núm. UNCT/15/3*, del 18 de septiembre de 2018.

120 BOSE, D., «David R Aven v Costa Rica: The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law», en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 35, Issue 1-2, 2020, págs. 20-28, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa010>.

121 DE BRABANDERE, E. VAN DEN HERIK, L., «Non-State Actors and Human Rights Obligations: Perspectives from International Investment Law and Arbitration», en *Furthering the Frontiers of International Law: Sovereignty, Human Rights, Sustainable Development Liber Amicorum Nico Schrijver*, obra colectiva, coordinadores Niels Blokker, Daniëlla Dam, Vid Prislán, Leiden, Brill, julio de 2020, págs. 37-61.

122 BOSE, D., «David R Aven v Costa Rica: The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law», en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 35 (1-2), 2020, págs. 20-28, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaa010>.

123 CNUDMI, *Laudo núm. UNCT/15/3*, del 18 de septiembre de 2018, pág. 699: «Al no efectuar su inversión en forma adecuada, las Demandantes violaron las disposiciones nacionales, así como la obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario, de respetar el medio ambiente. Esta obligación no solo es vinculante para los Estados soberanos, sino también para las personas jurídicas y naturales, tales como las Demandante».

sas de respetar los derechos humanos¹²⁴. No obstante, las consideraciones contenidas en ambos laudos parecen estar en línea con el contexto internacional descrito, que tiende cada vez más a reconocer a las empresas la responsabilidad de proteger los derechos humanos y el medio ambiente.

VI. El impacto de los litigios climáticos sobre el reconocimiento de obligaciones para las empresas

La doctrina ha señalado que el cambio climático, su reglamentación y las disputas en materia están alcanzando un punto de inflexión (*Grotian moment*) en el reconocimiento de la existencia de obligaciones autónomas derivadas de las normas del Derecho internacional y que incumben a las empresas¹²⁵. En concordancia con esta tesis, y teniendo en cuenta que el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano juega un papel importante en la aceleración de este proceso, es necesario cuestionar el uso de este derecho en los litigios climáticos y su posible potencial en futuras causas.

Hasta la fecha, el uso del derecho a un medio ambiente sano en los litigios climáticos ha predominado en los asuntos en los que los demandados eran Estados y no las empresas. Ejemplos de esta tendencia pueden verse tanto en el norte como en el sur global en varias controversias.¹²⁶ En cambio, en los casos de litigios contra las empresas analizados anteriormente, se aprecia una referencia explícita al derecho en cuestión en los casos que implican

124 En particular, Guntrip rechaza la interpretación que hace el Tribunal Arbitral de los artículos 5 PIDESC y 30 DUDH como fundamento de la obligación negativa de las empresas de respetar los derechos humanos. GUNTRIP, E., «Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?», en *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 10 de febrero de 2017, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/>.

125 CHIUSI CURZI, L., «Climate Change and its 'Grotian' Effects on a Principle of Corporate Liability in International Law», en *International Community Law Review*, vol. 25(3-4), 2023, págs. 316-332. <https://doi-org.ezproxy.unibo.it/10.1163/18719732-bja10108>. La autora explica que Grotian Moment es un concepto formulado por Richard Falk que se refiere a los momentos cruciales de la historia que producen cambios significativos en el Derecho internacional. Estos momentos representan una transición de un paradigma jurídico o político anterior a una nueva realidad, influyendo en la creación y aceptación de nuevas normas y doctrinas en el derecho internacional. Algunos acontecimientos que han sido considerados a "Grotian moment" incluyen la Paz de Westfalia, la creación de las Naciones Unidas, los Juicios de Nuremberg, el colapso de la Unión Soviética, el establecimiento de los Tribunales Penales Ad Hoc, la intervención de la OTAN en Serbia en 1999, el 11-S, la invasión de Irak y el conflicto en Siria. Estos acontecimientos han contribuido a redefinir el Derecho internacional, impulsando la creación de nuevas normas y doctrinas, aunque las características precisas de estos cambios pueden resultar oscuras.

126 Véanse los casos *People c. Arctic Oil, A Sud et al. c. Italia, Leghari c. Pakistán, Demanda Generaciones Futuras c. Minambiente, EarthLife Africa Johannesburg c. Minister of Environmental Affairs and Others, Commune de Grande-Synthe c. Francia*.

a las empresas BNP Paribas y Eni¹²⁷. De hecho, en los recursos de los demandantes se hace explícita referencia a la Resolución 76/30 con el fin de construir el contenido del deber de diligencia de las empresas.

En el asunto *conta BNP Paribas*, los demandantes argumentaban que la Resolución de la Asamblea General forma parte de la tendencia jurisprudencial que reconoce los impactos del cambio climático sobre los derechos humanos¹²⁸. En el caso contra Eni, los demandantes se limitaron a citar las Resoluciones del CDH y de la Asamblea General entre las fuentes de Derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos frente a los efectos del cambio climático, señalando parcialmente su contenido¹²⁹. Sin embargo, en ninguno de los dos actos se hace referencia a la exhortación a las empresas que figura en la Resolución 76/300, si bien no falta una atenta consideración sobre los Principios Rectores.

Dado que ambos casos siguen pendientes, aún no se sabe cómo interpretarán los tribunales franceses e italianos el derecho a un medio ambiente sano y seguro. Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos de ambos países existen normas para proteger el medio ambiente.¹³⁰ En teoría, esto podría favorecer la protección del derecho examinado. Si bien, la responsabilidad de las empresas demandadas, así como su posible responsabilidad en relación con la crisis climática, sigue siendo una valoración compleja, lejos de ser una conclusión previsible, de la que también penden evaluaciones de carácter procesal. Prueba de esto son los dos casos presentados contra Total y rápidamente desestimados. Entre ellos, cabe señalar que en *Notre affaire à tous and Others c. Total*, los demandantes también basaron el contenido del deber de vigilancia de la empresa en el artículo 1 del Código de Medio Ambiente, que establece que «*chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé*».

Por último, con respecto a la futura utilización del derecho a un medio ambiente sano en los litigios contra empresas, parece plausible prever el incremento de su empleo en la estrategia jurídica utilizada por los litigantes. En efecto, la Resolución de la Asamblea General se inscribe en un contexto internacional que puede reforzar la tendencia actual en la que se pide no solamente a los Estados, sino también a las empresas, aplicar medidas concretas para mitigar los efectos del cambio climático. Por lo tanto, su empleo parece inevitable, por lo menos en términos descriptivos y argumentativos, ya que permite a los jueces nacionales ser conscientes de la dinámica que hay a nivel internacional. Además, este derecho proporciona a estos mismos jueces una base válida sobre la que fundar y argumentar sus decisiones. Por

127 *Oxfam France v. BNP Paribas, Green Peace Italy v. ENI S.p.A. and the Italian Ministry of Economy and Finance and Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.*

128 Véase el pár. 121 del Acto de citación disponible en: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2023/20230223_18777_summons-1.pdf.

129 Véase pág. 85 del Acto de citación disponible en: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2023/20230509_19287_summons.pdf.

130 Véase el art. 1 del Código de Medio Ambiente francés y el art. 9 de la Constitución italiana. En la controversia contra Eni los demandantes invocan el art. 9 de la Constitución italiana —que establece que La República protege el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en el interés de las generaciones futuras— para sostener que el poder judicial tiene el deber de evitar que las acciones de las generaciones actuales recaigan sobre las generaciones futuras. Cf. Acto de citación disponible en: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2023/20230509_19287_summons.pdf.

otra parte, el reconocimiento de este derecho refuerza el contenido del deber de diligencia que deben adoptar las empresas en el cumplimiento de sus actividades.

Obviamente, dicha afirmación debe contextualizarse con las características actuales de los litigios climáticos, en los que los demandantes recurren a los tribunales para pedir/solicitar que se ordene a los gobiernos y a las empresas revisar sus políticas estatales/estrategias corporativas, y adaptarlas al objetivo establecido en el Acuerdo de París. De esto se deriva la necesidad estratégica de que las empresas adopten medidas más enérgicas para proteger el medio ambiente y los derechos humanos. Por un lado, una estrategia corporativa adecuada permitirá a las empresas liderar, y no sufrir, un nuevo modelo de política medioambiental. Por otro lado, un compromiso más firme por parte de las empresas no puede sino aumentar su valor reputacional. En caso contrario, el hecho de adoptar estas medidas hará que las empresas corran el riesgo de exponerse a un juicio negativo del mercado y de ser objeto de litigios estratégicos, que tienen fuertes repercusiones en su reputación. Respecto a este valor reputacional y su posible afectación, cabe destacar un dato claro como es el hecho de que este tipo de reclamaciones se publicitan ampliamente. En este sentido, es conocido que las páginas web de las más conocidas e influyentes ONGs solo se publican los documentos de defensa de los demandantes, que son verdaderas acusaciones tendenciosas que encontrarán amplia difusión entre el público.

Por otra parte, desde una perspectiva de futuro, si tenemos en cuenta que los costes de adaptación a los efectos del cambio climático aumentarán exponencialmente, es razonable pensar que los propios Estados atribuirán una parte de esta responsabilidad a las empresas, aunque solo sea para evitar asumir la totalidad de los costes. Y, de hecho, la Fiscalía del Estado de California presentó recientemente una demanda contra cinco de las principales empresas petroleras (ExxonMobil, Shell, Chevron, ConocoPhillips y BP) y el Instituto Americano del Petróleo en la que se pedía que se obligue a los demandados a crear un fondo para cubrir los costes sostenidos por California en la mitigación de los efectos del cambio climático.¹³¹ Desde esta perspectiva, el Acuerdo de París sería una póliza de seguros para las empresas. Al alinear su modelo de negocio con el objetivo climático de limitar el aumento de la temperatura a 1,5 °C, quedarían blindadas frente a posibles demandas y reclamaciones.¹³²

En relación con este marco, cabe destacar que estudios recientes también trazan un posible camino que las empresas podrían seguir para mantener el aumento de la temperatura global dentro de los 1,5 °C. Como ya se ha mencionado, el informe actualizado de la AIE *Net Zero Roadmap: A Global Pathway to Keep the 1.5 °C Goal in Reach* proporciona una visión general que puede ser utilizada por las propias empresas.

Por ejemplo, el estudio muestra que, para 2030, el aumento de la capacidad de las energías renovables reducirá la demanda de combustibles fósiles en un 25 %, disminuyendo las emi-

131 Véase el caso *People v. Exxon Mobil Corp.* Los demandantes sostienen que los demandados financiaron campañas de desinformación para sembrar dudas sobre las causas reales del cambio climático favoreciendo a la industria de los combustibles fósiles. Además, afirman que estas empresas utilizaron anuncios engañosos para presentar los productos fósiles como «verdes» o «limpios». Disponible en: <https://climatecasechart.com/case/people-v-exxon-mobil-corp/>.

132 THOMÁ, J. y otros, «A Burden They Will Carry The Potential Economic & Financial Cost of Climate Liabilities to Companies and Investors», en *Thought Experiment Series*, 2021, disponible en: <https://2degrees-investing.org/wp-content/uploads/2021/12/Climate-Litigation-Paper.pdf>.

siones de Co₂ en un 35 % en comparación con el máximo histórico de 2022. En el año se prevé que se alcance el pico de consumo de combustibles fósiles¹³³. A largo plazo, se estima que la reducción de la demanda alcanzará el 80 % en 2050¹³⁴. Además, la IEA supone que, incluso en el caso de que se retrasara la actuación de los gobiernos, es decir, la adopción de políticas más ambiciosas después de 2030, la temperatura mundial aumentaría hasta 1,7 °C en 2050, antes de volver a situarse por debajo de 1,5 °C en 2100¹³⁵.

Si bien, lo más deseable sería una limitación de la temperatura dentro de los 1,5 °C¹³⁶, el escenario supuesto por la IEA permitiría cumplir los objetivos del Acuerdo de París. Por este motivo, se podría afirmar que el estudio proporciona una base sólida a las empresas para orientar las futuras decisiones políticas con el fin de cumplir los objetivos fijados por los Estados a nivel internacional.

Esto, como ya se ha mencionado, dejaría a las empresas gobernar una transición que ya no puede evitarse, en lugar de sufrirla. Además, representaría una adhesión voluntaria al contenido de los Principios Rectores ya que, aunque no es vinculante, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos existe independientemente de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

VII. Conclusiones

Como argumentaron los jueces neerlandeses en el caso *Shell*, existe un amplio consenso internacional que exige a los actores no estatales que contribuyan a la reducción de las emisiones globales que alteran el clima. Los jueces consideraron que este consenso era «imperativo» y, por tanto, ordenaron a Shell que redujera sus emisiones. Si bien, este carácter imperativo de dicho deber no se refleja en ninguna norma jurídica positivizada. Por ello, el propio recurso de Shell se basa en este supuesto¹³⁷.

A pesar de que no existen disposiciones en el Derecho internacional general, de los derechos humanos y del medio ambiente que impongan a las empresas la obligación de respetar los derechos humanos, lo cierto es que, en los últimos años, estamos asistiendo a iniciativas legislativas y acciones judiciales que tratan de cristalizar el consenso al que se refiere el Tribunal de La Haya.

133 AIE, *Net Zero Roadmap. A Global Pathway to Keep the 1.5 °C Goal in Reach Update*. Disponible en: https://iea.blob.core.windows.net/assets/13dab083-08c3-4dfd-a887-42a3e3e533bc/NetZeroRoadmap_AGlobalPathwaytoKeepthe1.5CGoalinReach-2023Update.pdf. pág 16.

134 *Ibid.*

135 *Ibid.* pág. 151.

136 En un artículo de respuesta a las críticas de Mayer, Burgers señala que las consecuencias de un aumento de la temperatura de 2 °C frente a 1,5 °C tendrían consecuencias desastrosas, especialmente para los Países BURGERS, L., «An Apology Leading to Dystopia: Or, Why Fuelling Climate Change Is Tortious», en *Transnational Environmental Law*, núm. 11(2) de julio 2022, págs.419-431.

137 ACTO DE RECURSO párr. 4.3,16-4.3.25, disponible en: [https://www.shell.nl/media/nieuwsberichten/2022/waarom-shell-in-hoger-beroep-gaat/_jcr_content/par/textimage_1538868955.stream/1647937612380/09807a0bc888002fec77cc718dbd364e28a19820/20220322StatementofAppeal\(ENG\).pdf](https://www.shell.nl/media/nieuwsberichten/2022/waarom-shell-in-hoger-beroep-gaat/_jcr_content/par/textimage_1538868955.stream/1647937612380/09807a0bc888002fec77cc718dbd364e28a19820/20220322StatementofAppeal(ENG).pdf).

Así, en Europa, las instituciones europeas están estudiando una nueva propuesta de Directiva relativa a diligencia debida que, en caso de aprobación, obligará a las empresas a adoptar un plan empresarial para garantizar que su modelo y estrategia de *business* son compatibles con la transición a una economía sostenible y con el Acuerdo de París¹³⁸. Paralelamente, la propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas (*green claims*) tiene como objetivo obligar a las empresas interesadas en patrocinar el carácter «verde» de uno de sus productos a calcular, mediante un método científico reconocido, su impacto medioambiental, incluidas las emisiones producidas para elaborarlo¹³⁹.

El intento de responsabilizar a las empresas también puede ser observada en las acciones legales emprendidas contra ellas y anteriormente examinadas. Estas innegablemente permiten afirmar que, independientemente de su resultado, catalizan un consenso que reclama un mayor compromiso de las empresas con el proceso de transición ecológica encaminado a hacer plenamente efectivo el derecho humano a un medio ambiente sano.

En este contexto se inscribe el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano, que confirma el consenso generalizado entre los Estados sobre la necesidad de reforzar la protección del medio ambiente y exige expresamente a las empresas que no permanezcan pasivas y desempeñen su papel. Hasta la fecha, el empleo de este derecho en los litigios contra las empresas se encuentra en los casos contra las empresas BNP Paribas y Eni, todavía pendientes. Sin embargo, es razonable sospechar que en futuros recursos se utilizará el derecho humano a un medio ambiente sano como pieza adicional para delimitar el contenido de una obligación de conducta no escrita, pero en constante evolución.

138 Véase el art. 15 de la propuesta de Directiva disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF.

139 *Ibid*, art. 3.

La lucha contra la trata de seres humanos en la cadena de valor: construyendo vías hacia nuevos marcos normativos sobre diligencia debida empresarial*

THE COMBAT AGAINST HUMAN TRAFFICKING IN THE VALUE CHAIN: CONSTRUCTING PATHS TOWARDS NEW NORMATIVE FRAMEWORKS ON CORPORATE DUE DILIGENCE

Luiz Henrique Garbellini Filho

Universidad de Sevilla

luiz.henrique.garbellini@gmail.com

Resumen: El artículo inicialmente explora el papel estructural que la trata de seres humanos a menudo desempeña en las prácticas productivas de las cadenas de valor de empresas transnacionales. Posteriormente, examina cómo algunos instrumentos de las Naciones Unidas delinean directrices y recomendaciones sobre los programas empresariales de diligencia debida en materia de derechos humanos, particularmente aquellos orientados a abordar la implicación de las empresas en la lucha contra la TSH. Finalmente, analiza críticamente la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeo que prohíbe la comercialización en el mercado de la Unión de productos elaborados con trabajo forzoso.

Abstract: The article initially explores the structural role that human trafficking often plays in the productive practices of transnational business value chains. Subsequently, it examines how some United Nations instruments outline guidelines and recommendations on corporate human rights due diligence programs, particularly those aimed at addressing corporate involvement in combating HT. Finally, it critically analyzes the European Commission's Proposal for a Directive Corporate Sustainability Due Diligence and the European Parliament and Council's Regulation Proposal, which prohibits the marketing in the Union market of products made with forced labor.

Palabras clave: diligencia debida; empresas transnacionales; cadena de valor; trata de seres humanos; explotación de seres humanos; Unión Europea.

Keywords: due diligence; transnational corporations; value chain; human trafficking; human exploitation; European Union.

* Este trabajo fue presentado durante el «Taller de investigación en empresas y derechos humanos» (12 de julio de 2023), dirigido por el Dr. Daniel Iglesias Márquez y la Dra. Estrella del Valle Calzada.

I. Introducción

La trata de personas es un fenómeno multifacético que implica una amplia y plural variedad de prácticas, medios, actores y finalidades con severos impactos en la vulneración de derechos humanos¹. Su naturaleza multidimensional y la diversidad de las modalidades de explotación derivadas dificultan una descripción simplista, rígida o estática². Al revés, el carácter mutacional y adaptativo de las prácticas que constituyen la trata a lo largo de la historia humana³ y su complejo régimen jurídico de regulación internacional⁴ la sitúan en un contexto de marco conceptual jurídico y extrajurídico que difícilmente puede mapear, describir y explicar de forma integral, completa y única todas las sutilezas y matices del fenómeno.

A pesar de la amplitud de instrumentos internacionales que no solamente regulan los conceptos y prohibiciones en relación con la trata y sus formas derivadas de explotación, sino que también establecen estándares y orientaciones sobre la confrontación a este fenómeno⁵, uno de los principales marcos jurídicos más completos y aceptados internacionalmente radica en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. El Protocolo para prevenir, reprimir, sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, fue adoptado en 2000 y ha plasmado la definición de la trata de personas⁶,

-
- 1 Para un análisis de cómo la trata se involucra en las más diversas formas de explotación de seres humanos, véase BALES, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo XXI Editores, 2000.
 - 2 Para una descripción detallada de las diferencias entre trata y las formas de explotación, véase MAQUEDA ABREU, M. L., «*Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?*», en *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, coordinado por José María Suárez López et. al., Dykinson, Madrid, 2018.
 - 3 CARBELLO DE LA RIVA, M., *Explotación, esclavitud y trata de seres humanos. Historias, debates y limitaciones jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
 - 4 CORRÊA DA SILVA, W., *Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: Avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*, 2.ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2022.
 - 5 Entre ellos se puede mencionar: Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (1979), Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (1989), Convenio sobre el trabajo forzoso de la OIT, 1930 (n.º 29); Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, 1957 (Convenio n.º 105); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil de la OIT, 1999 (Convenio n.º 182); Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos de la OIT, 2011 (Convenio n.º 189) Recomendación sobre el Trabajo Forzoso (Medidas Complementarias), 2014 (n.º 203); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas preparados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2002). Para una descripción más detallada del marco de regulación internacional, véase GÓMEZ-MERA, L., «Regime complexity and global governance: The case of trafficking in persons», en *European Journal of International Relations*, vol. 22, núm. 3, 2016, págs. 566-595.
 - 6 El artículo 3.º del Protocolo dispone que la trata de personas se basa en diversas actividades como la captación y transporte de seres humanos, a partir de diferentes medios, desde el uso de la fuerza, el engaño, hasta el abuso de situación de vulnerabilidad y puede incluir varios fines como la explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o extracción de órganos.

buscando una armonización internacional sobre su conceptualización. Asimismo, instauró una agenda legal y política en la comunidad internacional para que los Estados miembros del tratado persigan los objetivos previstos y cumplan con las obligaciones establecidas en el documento para combatir la trata y las formas explotación⁷. Por su parte, la Unión Europea (UE) ha impulsado el Protocolo de Palermo y buscado alinear los instrumentos que integran el marco comunitario a las disposiciones establecidas en el Protocolo⁸, en especial con el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos⁹ y con la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata¹⁰. Desde entonces, las instituciones europeas vienen entablando un conjunto de iniciativas, medidas y programas que buscan luchar contra la trata de personas desde diversas acciones que involucran un extenso espectro de agentes públicos y privados dentro de la UE o en países terceros¹¹.

La creación y la cristalización de instrumentos supranacionales han establecido un marco jurídico y político complejo que atribuye a los agentes estatales un conjunto consolidado de directrices y principios para enfrentar la trata de forma integral, holística y transversal¹². Sin embargo, la continuidad de las prácticas viene señalando que la concentración de esfuerzos a nivel estatal ha sido insuficiente para identificar, prevenir y evitar la trata de personas y las explotaciones oriundas de esta práctica. Aún predomina un enfoque estatista en la confrontación a estos fenómenos, con lo cual otros sectores importantes de la sociedad han estado tradicionalmente fuera del sistema de diseño de políticas e iniciativas que otorgan responsabilidades y obligaciones en cuanto a la lucha contra la trata.

La trata está directamente involucrada con las prácticas productivas llevadas a cabo a lo largo de las cadenas de valor transnacionales¹³. Es una herramienta utilizada para posibilitar el incremento de la mano de obra dentro de la cadena de valor para atender a las demandas de fuerza de trabajo barata y desechable, colocando a la persona en un contexto en el que puede ser explotada por los agentes económicos que integran los procesos productivos desarrollados en las cadenas de valor. Numerosos agentes económicos de forma directa o indirecta inducen, estimulan y se benefician de estas prácticas durante los procesos produc-

7 Los artículos 6 y 9 establecen respectivamente las disposiciones sobre la protección a las víctimas de la trata y la prevención a la trata.

8 FERNANDO GONZALO, E., «Marco jurídico internacional de la trata de personas. Especial mención al espacio regional europeo», en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, núm. 94, Universidad de Deusto, 2020, págs.44-73.

9 Unión Europea, *Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra el Tráfico de Seres Humanos*, de 16 de mayo de 2005.

10 Unión Europea, *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 5 de Abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos ya la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. JAI del Consejo.

11 LUCEA SÁENZ, A., «La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea», en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 32, 2013, págs. 6-15.

12 Para un análisis completo del régimen internacional y europeo de enfrentamiento a estos fenómenos, véase CORRÊA DA SILVA, W., *Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: Avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*, 2.ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2022, págs.189-308.

13 A ejemplo del denunciado en el trabajo SYLWESTER, J., «Fishers of men: The neglected effects of environmental depletion on labor trafficking in the Thai fishing industry», en *Pacific Rim Labor & Policy Journal*, vol. 23, núm.2, 2014, págs. 421-459.

tivos de bienes y la realización de servicios a partir de un conjunto de técnicas y herramientas de producción que ocultan estas prácticas de los controles públicos y privados, con lo cual el ser humano viene siendo cosificado y mercantilizado, y la mano de obra en las cadenas de valor se ha vuelto cada vez más irregular, barata y explotable¹⁴.

Con esto, se están creando instrumentos que no solamente involucran a los Estados en la lucha contra la trata, sino también a otros agentes, incluyendo las grandes empresas que ocupan posiciones de liderazgo o de destaque en el ejercicio de la gobernanza en las cadenas de valor. Estos instrumentos vienen involucrando a las empresas en iniciativas de diligencia debida en materia de derechos humanos como forma de movilizarlas en estrategias de confrontación a este problema. Si por un lado los marcos internacionales, europeos y algunos nacionales ya cuentan con un conjunto de documentos, instrumentos, recomendaciones y directrices que alientan, orientan y guían a las empresas en relación con conductas que deberían ser llevadas a cabo durante el proceso productivo para la protección de los derechos humanos¹⁵, por otro, faltan instrumentos que rompan con el paradigma voluntarista que todavía predomina en las medidas empresariales de diligencia debida.

Es cierto que el sector privado también viene buscando entablar determinadas medidas para detectar y prevenir la vulneración de derechos humanos, incluidos los laborales. Importantes iniciativas como programas de vigilancia, auditorias y códigos de conducta vienen siendo implementadas dentro de los marcos regulatorios de control de las etapas de producción que no solamente buscan incidir sobre la propia operación de la multinacional a partir de medidas de control interno de la producción, sino también influir en los eslabones de las cadenas de valor de las cuales estas empresas forman parte a partir de medidas de control externo de sus proveedores directos o indirectos¹⁶. Estos programas a menudo incluyen directrices, orientaciones y regulaciones sobre trata de personas y explotación laboral como forma de identificar y prevenir los riesgos y los casos de personas migrantes en situación de déficit de trabajo decente¹⁷. Sin embargo, hay un conjunto de limitaciones de estos sistemas de prevención, sobre todo porque no logran en general alcanzar de forma efectiva e integral los eslabones de las cadenas de valor inferiores y vulnerables a padecer por las prácticas de trata y explotación de seres humanos¹⁸.

En función de las limitaciones de los actuales marcos jurídicos y de las iniciativas vinculadas al poder privado, están emergiendo propuestas de normas vinculantes que buscan involucrar activamente a las entidades empresariales en la defensa de los derechos humanos, incluidos los derechos de aquellas personas que cuentan con riesgo o que hayan sido vulne-

14 BELSER, P., «The Economics of Slavery, Forced Labor and Human Trafficking», en *The Encyclopedia of Law and Economics*, Forthcoming, 2008.

15 LIETONEN, A.; JOKINEN, A., PEKKARINEN, A., *Normative framework guide: responsibility of businesses concerning human rights, labour exploitation and human trafficking*, Heuni Publications Serie, Helsinki, 2020.

16 LEBRAON, G.; LIESTER, J.; DAUVERGNE, P., «Governing global supply chain sustainability through the ethical audit regime», en *Globalizations*, vol. 14, núm. 6, 2017, págs. 958-975.

17 FABBRI, C.; STÖCKL, H.; JONES, K.; COOK, H.; GALEZ-DAVIS, C.; GRANT, N.; LO, Y.; ZIMMERMAN, C., «Labor Recruitment and Human Trafficking: Analysis of a Global Trafficking Survivor Database», en *International Migration Review*, vol. 57, núm. 2, 2023, págs. 629-651.

18 PHILLIPS, N.; MIERES, F., «The governance of forced labour in the global economy», en *Globalizations*, vol. 12, núm. 2, 2015, págs. 244-260.

rados por las prácticas de trata. Estas iniciativas suponen no solamente un mayor grado de compromiso, sino también la descripción y detalle más profundo y concreto de las iniciativas de diligencia debida en materia de derechos humanos que las empresas deben llevar a cabo. Es el caso de la Unión Europea que viene elaborando propuestas de normas vinculantes sobre diligencia debida empresarial que engloban directa o indirectamente la lucha contra la trata.

Este artículo se divide en tres partes. La primera analiza cómo la trata de seres humanos a menudo corresponde con un elemento clave en las actividades productivas que tienen lugar principalmente en los últimos eslabones de las cadenas de valor transfronterizas de empresas multinacionales. La segunda revisa algunos instrumentos internacionales en el marco de las Naciones Unidas que involucran a las empresas en medidas de la diligencia debida en materia de derechos humanos, incluyéndose programas empresariales contra la trata de personas. La tercera examina críticamente algunas disposiciones sobre el ámbito de aplicación y sobre las medidas de diligencia debida previstos en la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y en la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeo que prohíbe en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso.

II. Empresas multinacionales, cadenas de valor transfronterizas y trata de personas

La estructuración productiva de las corporaciones multinacionales

Las empresas multinacionales son entidades fundamentales en la estructuración, funcionamiento y gestión del modelo productivo de la cadena de valor¹⁹. Pueden ocupar distintas posiciones y desempeñar diversas funciones dentro de la estructura organizativa de la cadena. Sin embargo, a menudo se encuentran en las posiciones de liderazgo o de destaque en el esquema de gobernanza, con poderes de mando, organización y coordinación de las etapas productivas que se desarrollan en los distintos eslabones de la cadena de valor²⁰. Cuando cuentan con poder de ejercicio de gobernanza, logran influenciar o determinar cómo se asignan y fluyen los recursos financieros, materiales y humanos dentro de una cadena²¹. Con esto, poseen una fuerte capacidad de negociación, intervención y presión en la cadena que a menudo les hace impactar directa o indirectamente en las características, condiciones y funcionamiento de las etapas productivas que extrapolan los límites de su propia estructura empresarial. Como consecuencia, sus actividades pueden impactar las condiciones sociales,

19 SALIOLA, F.; ZANFEI, A., «Multinational firms, global value chains and the organization of knowledge transfer», en *Research Policy*, vol. 38, núm. 2, 2009, págs. 369-381.

20 HUMPHREY, J.; SCHMITZ, H., «Governance in global value chains», en *IDS bulletin*, vol. 32, núm.1, 2001, págs. 19-29.

21 GEREFFI, G., «The organisation of buyer-driven global commodity chains: how US retailers shape overseas production network», en *Comodity Chains and Global Capitalism*, coordinado por GEREFFI, G.; KORSENIWICZ, M., Praeger, London, 1994, pág. 97.

económicas y políticas de determinada localidad de producción donde están ubicadas las otras entidades productivas que forman parte de la cadena.

El modelo productivo de la cadena de valor se define por una organización transfronteriza de actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios²². Comienza en los sistemas de producción de la materia prima y se extiende a lo largo de los vínculos productivos con otras empresas dedicadas al procesamiento, ensamblaje, comercio, etc.²³. Las cadenas de valor tienen una importante función en el comercio mundial a la vez que posibilitan por un lado la fragmentación de las etapas productivas y la pulverización de las entidades empresariales a lo largo del globo, pero por otro integran y agrupan distintos actores y sectores productivos en la producción de determinado bien o en la realización de determinado servicio. Las redes que forman parte de las cadenas han favorecido acuerdos de libre comercio, la viabilidad de operar instalaciones en países de bajo costo y los avances tecnológicos que permiten una entrega rápida de productos²⁴. Esta configuración productiva ha inducido una reestructuración de las relaciones productivas globales en las últimas décadas y actualmente representa una parcela muy importante del comercio mundial, siendo calificada incluso como la columna vertebral y el sistema nervioso central de la economía mundial²⁵.

La globalización ha sido uno de los importantes factores que han impulsado este modelo de producción en el marco de las relaciones productivas que extrapolan los límites de las fronteras que demarcan la nacionalidad de la empresa multinacional²⁶. Ha viabilizado un conjunto de transformaciones en diversas esferas sociales, políticas, culturales y económicas a lo largo del globo. En el sector económico, ha posibilitado la creación y el desarrollo de importantes técnicas y herramientas de producción que no se limitan a una determinada localidad, sino que extrapolan los límites nacionales. Con la influencia de la lógica neoliberal en el proceso globalizador, las grandes empresas han incrementado sus operaciones productivas según las máximas del libre movimiento de capital, bienes y servicios entre agentes económicos localizados en distintos ambientes productivos. Asimismo, este proceso ha llevado a las grandes corporaciones a establecer zonas de producción o de influencia en las economías locales y regionales antes no controladas, sometidas o más bien vinculadas a las grandes corporaciones a través de la ramificación de sus actividades productivas en las afueras de las fronteras de las empresas sede. Con esto, estas empresas han logrado reducir los límites que anteriormente dificultaban los intercambios de bienes y servicios entre las entidades

22 OIT, *Informe IV, El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Ginebra, 2016, párr. 5.

23 DILIP, K.; RAJEEV, P., «Value Chain: a conceptual framework», en *International Journal of Engineering and Management Sciences*, núm. 7, 2016, pág. 76.

24 NAGEL, T.; KELLEY, E., «The Impact of Globalization on Structuring, Implementing, and Advising on Sourcing Arrangements», en *Georgetown Journal of International Law*, vol. 38, núm. 3, 2007, págs. 619-688.

25 CATTANEO, O.; GEREFFI, G.; STARITZ, C., «Global value chains in a postcrisis world: resilience, consolidation, and shifting end markets», en *Global Value Chains in a Postcrisis World: A Development Perspective*, coordinado por CATTANEO, O.; GEREFFI, G.; STARITZ, C., Washington, World Bank, 2010, pág. 7.

26 GIBBON, P.; BAIR, J.; PONTE, S., «Governing global value chains: an introduction», en *Economy and Society*, vol. 37, núm. 3, 2008, págs. 318-319.

económicas y ampliar su acceso e influencia sobre terrenos productivos previamente desconectados de las actividades productivas de las multinacionales.

Las estrategias de las multinacionales para ampliar la rentabilidad de la producción en la cadena de valor

La expansión de la cadena productiva de las empresas multinacionales se ha llevado a cabo en función de algunas estrategias que han contribuido a incrementar la productividad, la eficiencia y la rentabilidad de sus procesos productivos. Estos agentes económicos han emprendido nuevos modelos de organización y han desarrollado proyectos de producción internacionalizados que posibilitan la reducción de los costos de producción y la ampliación del margen de lucro²⁷. Entre una amplia gama de técnicas productivas emprendidas por estos agentes económicos, la deslocalización²⁸, la descentralización²⁹ y la externalización³⁰ han complejizado no solamente la estructura de las empresas, sino que también han alargado e incrementado la estructura de las cadenas de valor que se extienden a los sujetos y ambientes ahora integrados. Estas técnicas han posibilitado a las empresas multinacionales ejercer un control sobre las condiciones, el funcionamiento y la organización de la producción así como facilitarles el traslado de los riesgos y las responsabilidades a otros sectores, reduciendo eventuales daños económicos a las empresas matrices de la cadena. Con un sistema productivo fragmentado, pero a la vez integrado y coordinado, se ha vuelto más fácil cumplir con los estándares de consumo masivo de manera más rápida y con menores costos, así como garantizar una posición comercial más ventajosa y competitiva en el mercado³¹.

Pese las remodelaciones de los flujos comerciales y de las formas de organización de las cadenas de valor en los últimos años³², todas ellas cuentan con un sistema de *input-output* que establece los límites iniciales y finales del proceso secuencial de agregación de valor a determinado producto o servicio. Sin embargo, las cadenas pueden estar caracterizadas

27 CASADESUS-MASANELL, R.; Ricart, J., «From strategy to business models and to tactics», en *Long Range Planning*, vol. 43, 2010, págs. 195-215.

28 Traslado de la producción de bienes o servicios a otro lugar, ya sea dentro o fuera del país.

29 Transferencia de poder y de mando de gestión de la empresa matriz a sus filiales o unidades de negocio en diferentes ubicaciones geográficas.

30 Subcontratación de servicios o procesos de producción a terceros, que pueden estar ubicados en el mismo o en otros países.

31 LANG, J.; PONTE, S.; VILAKAZI, T., «Linking Power and Inequality in Global Value Chains», en *Global Networks*, vol. 23, 2023, pág. 5.

32 Para una análisis de cómo la complejidad y las múltiples formas de organización y de flujos productivos de las cadenas de valores se ha incrementado sobre especialmente después de la crisis de 2008-2009, cuando emergieron nuevos patrones de relaciones y coordinación entre los sujetos que forman parte de las cadenas, incluyéndose numerosos proveedores de países en desarrollo avansasen en técnicas de producción más sofisticadas, se especializasen en la producción de bienes y servicios, competiesen con productores de localidades desarrolladas y también fragmentasen su producción a nivel internacional, véase los trabajos GEREFFI, G., «Global Value Chains in a Post-Washington Consensus World», en *Review of International Political Economy*, vol. 21, núm. 1, 2013, págs. 9-37 y NEILSON, J.; PRITCHARD, B.; YEUNG, H., «Global value chains and global production networks in the changing international political economy», en *Review of International Political Economy*, vol. 21, núm.1, 2014, págs. 1-8.

por diferentes formas y direcciones de estos flujos según cómo se organiza y se coordina la producción³³. En el sistema de *input-output*, diversos actores económicos pueden participar de forma interligada, conectada y coordinada dentro del proceso de agregación de valor etapa a etapa, entre los cuales están las filiales, los proveedores, los contratistas, los subcontratistas, las agencias de empleo y las personas que trabajan sin vínculo directo con alguna entidad empresarial, extendiendo así el acceso de la empresa multinacional a recursos y a oportunidades comerciales³⁴. Estos sujetos interactúan de forma compleja, integrada y secuencial a lo largo de la cadena para crear e integrar el valor de los productos y de los servicios a través de relaciones verticales y horizontales³⁵.

Sin embargo, las relaciones que entablan entre ellos no están exenta de mecanismos a través de los cuales las multinacionales dan forma al sistema de producción, en especial la presión que ejercen sobre los otros sujetos para garantizarles mejores precios y condiciones de compra. Las empresas multinacionales a menudo llevan a cabo un conjunto de prácticas y decisiones comerciales durante la producción que pueden generar importantes impactos en los contextos productivos, sobre todo en aquellos que ocupan las posiciones inferiores de la cadena³⁶. El proceso de adquisición de los productos y de contratación de los servicios es comúnmente intermediado por los valores más bajos, y a menudo no se decide por el comprador que más respeta los derechos humanos y garantiza la calidad del trabajo, sino por aquel que ofrece condiciones más rentables a la empresa matriz dentro de un sistema de compras altamente competitivo³⁷. Con esto, el incremento del poder de gobernanza de las multinacionales en las cadenas de valor ha hecho que sus decisiones pasen a impactar más fuertemente los otros eslabones, sobre todo aquellos alejados de las multinacionales³⁸.

La externalización por parte de las empresas matrices de las etapas más costosas, arriesgadas y especializadas de la producción y distribución a los proveedores genera una fuerte presión comercial sobre las condiciones de precio y calidad del bien o del servicio a lo largo

-
- 33 Para un análisis de las diferencias entre las *producer-driven commodity chains* y las *buyer-driven commodity chains* y los roles de gestión y de coordinación que las multinacionales llevan a cabo en las cadenas, véase GEREFFI, G. «The organisation of buyer-driven global commodity chains: how US retailers shape overseas production network», en *Comodity Chains and Global Capitalism*, coordinado por GEREFFI, G.; KORSENIWICZ, M., Westport: Praeger, London, 1994, págs. 96-100.
- 34 HUMPHREY, J., HUBERT, S., «Inter-firm relationships in global value chains: trends in chain governance and their policy implications», en *International Journal of Technological Learning, Innovation and Development*, vol.1, núm. 3, 2008. págs. 258-282,
- 35 DILIP, K.; RAJEEV, P. «Value Chain: a conceptual framework», en *International Journal of Engineering and Management Sciences*, vol. 7., núm. 1, 2016, pág. 76.
- 36 BIURRUN, A.; REIS CASTILHO, M.; MARÍN, R.; QUIRÓS, C., «Upgrading and inequality in global value chains: Challenges for inclusive and sustainable development». en *African Journal of Science, Technology, Innovation and Development*, vol. 14, núm. 4, 2022, págs. 1117-1128.
- 37 Para un análisis detallado sobre las estrategias de las empresas líderes y la estructura de las cadenas globales de valor, véase MILBERG, W.; MINKLER, D., *Las cadenas globales de valor: dinámica de la producción en el capitalismo contemporáneo*, Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 2018, págs. 153-214.
- 38 MCGRATH, S.; MIERES, F., *Addressing the demand side in and through supply chains: Mapping the field of initiatives around human trafficking, forced labour and slavery (DemandAt Working Paper No. 8)*, pág. 8. 2017. Disponible en: http://www.demandat.eu/sites/default/files/DemandAT_WP8_McGrathMieres_SupplyChains_Final.pdf

de la cadena. A su vez, los bajos márgenes de beneficio disponibles para los proveedores ejercen presión para reducir los salarios y empeorar las condiciones laborales³⁹. Las entidades productivas impactadas por las decisiones globales son impulsadas a llevar a cabo un conjunto de herramientas y prácticas para garantizar su competitividad y participación activa en la cadena de valor en respuesta a la presión ejercida por las empresas matrices. Esto ha llevado a proveedores y fabricantes por igual a sofisticar las antiguas formas de reducir costos y buscar nuevas maneras de hacerlo, lo que ha aumentado aún más el impacto de las estrategias de reducción de costes en las redes de producción en el extranjero. Conforme se va ramificando y especificando la cadena de valor, el impacto de la presión ejercida por los procesos de compra se va agravando ya que en los eslabones inferiores es donde se localizan las fuerzas productivas más vulnerables y fragilizadas, sin el mismo poder de gestión, mando, organización y control que detiene las empresas matrices.

Uno de los efectos más destacables de las presiones ejercidas por las multinacionales se centra en las condiciones de trabajo empleadas para la producción de bienes y realización de servicios, tales como la flexibilización con contratos a tiempo parcial, temporales, estacionales, ocasionales y de cero horas, la precarización o condiciones de trabajo informales o ilegales en los eslabones de la cadena más vulnerables⁴⁰, con efectos directos en la vulneración de una gama amplia de derechos laborales. Estas violaciones de derechos humanos a menudo están directamente relacionadas con formas de incorporación adversas de la fuerza de mano de obra en la estructura productiva de la cadena⁴¹. La incorporación adversa consiste en la integración precarizada, inferiorizada y vulnerada de la fuerza de mano de obra a las actividades productivas desarrolladas a lo largo de la cadena de valor, remodelando la noción de que las personas explotadas no están excluidas en el proceso productivo, sino necesariamente vinculadas a ello desde dinámicas de explotación. Este concepto resulta fundamental para comprender la naturaleza relacional y la dinámica circular de las formas de explotación de seres humanos dentro de la estructura de cadena de valor. Asimismo, posibilita entender que la explotación laboral no debe considerarse como una condición residual de las cadenas de valor, sino más bien como un elemento central y estructural para su integración y funcionamiento. Pese a la composición y la inserción de la fuerza de trabajo a lo largo de la cadena del valor sea muy amplia, compleja y diversificada en diferentes o en el mismo eslabón⁴², las actividades laborales en las cadenas pueden asumir las formas más degradantes y deshumanizadas de trabajo en los eslabones donde la incorporación adversa es más intensificada para cumplir con las necesidades productivas de los agentes económicos a costes más bajos y eficiencia más intensa.

39 MAYER, F.; PHILLIPS, N., «Outsourcing governance: States and the politics of a 'global value chain world'», en *New Political Economy*, vol. 22, núm. 2, 2017, págs. 134–152.

40 PHILLIPS, N., «Labour in Global Production: Reflections on Coxian Insights in a World of Global Value Chains», en *Globalizations*, vol. 13, núm 5, 2016, pág. 5. y Nolan, J.; Bott, G., «Global supply chains and human rights: spotlight on forced labour and modern slavery practices», en *Australian Journal of Human Rights*, vol. 24, núm. 1, 2018, págs. 48-49.

41 PHILLIPS, N., «Informality, global production networks and the dynamics of 'adverse incorporation'», en *Global Networks*, vol. 11, núm. 3, 2011, págs. 380– 397.

42 Para un análisis de las diferentes fuerzas de trabajo inseridas en distintos sectores de la cadena de valor de las redes de producción mundiales, véase BARRIENTOS, S.; GEREFFI, G.; ROSSI, A., «Economic and social upgrading in global production networks: A new paradigm for a changing world», en *International Labour Review*, vol. 150, núm. 3-4, 2011, págs 325-329.

La incorporación adversa es llevada a cabo sobre todo en los eslabones inferiores, vulnerables y empobrecidos de la cadena de valor, especialmente aquellos que se encuentran en localidades productivas consideradas económicamente subdesarrolladas⁴³, en desarrollo⁴⁴ y/o en contextos jurídicamente débiles y políticamente conflictivos⁴⁵. Los principales sujetos que integran el proceso de incorporación adversa son aquellos que corren más riesgo de vulneración de derechos humanos, incluidos los laborales, en función de actividades productivas desarrolladas en contexto de producción empobrecida y con déficit de trabajo digno, sobre todo en los sectores productivos con más factores de riesgo a la explotación laboral, como los sectores de agricultura, textil, minería y silvicultura⁴⁶.

La trata de personas como instrumento de rentabilidad en la dinámica productiva de las corporaciones multinacionales

El modelo de externalización y subcontratación ha proporcionado incentivos en toda la cadena de valor para subcontratar aún más y reducir al máximo el costo de la mano de obra, lo que a menudo conduce a la trata de personas⁴⁷. La trata emerge en este contexto como una forma de atender a la demanda de productos y de servicios necesarios para alimentar los diferentes eslabones de la cadena de valor hasta llegar a los compradores globales⁴⁸. Funciona como una estrategia utilizada para conectar la oferta de fuerza de trabajo a las necesidades de los proveedores, contratistas y subcontratistas de producir los bienes y realizar servicios para garantizar el funcionamiento de las multinacionales. En otras palabras, posibilita el reclutamiento, desplazamiento e incremento de la mano de obra en las etapas productivas a partir de múltiples agentes que integran o posibilitan los flujos migratorios que posibilitan prácticas laborales con déficit de trabajo decente⁴⁹.

43 LEBARON, G.; AYERS, A. «The Rise of a 'New Slavery'? Understanding African unfree labour through neoliberalism», en *Third World Quarterly*, vol. 34, núm. 5, 2013, págs. 883-885.

44 POSTHUMA, A; NATHAN, D. *Labour in Global Production Networks in India*, Oxford University Press, New Delhi, 2010.

45 HOFMANN, H.; SCHLEPER, M.; BLOME, C., «Conflict Minerals and Supply Chain Due Diligence: An Exploratory Study of Multi-tier Supply Chains», en *J Bus Ethics*, vol. 147, núm.1, 2018, págs. 115-141.

46 Para profundización sobre los sectores donde se producen o se realizan actividades marcadas por el trabajo forzoso y trabajo infantil en el mundo, véase el estudio BUREAU OF INTERNATIONAL LABOR AFFAIRS, Office of Child Labor, Forced Labor, and Human Trafficking, *List of Goods Produced by Child Labor or Forced Labor*, 2022. Disponible en: https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/child_labor_reports/tda2021/2022-TVPRA-List-of-Goods-v3.pdf.

47 VAN BUREN, H.; SCHREMPF-STIRLING, J.; WESTERMANN-BEHAYLO, M., «Business and human trafficking: A social connection and political responsibility model», en *Business & Society*, vol. 60, núm. 2, 2021, págs. 341-375.

48 VOGEL, D., «The Concept of Demand in the Context of Trafficking in Human Beings: Using contributions from economics in search of clarification International Centre for Migration Policy Development», en *DemandAT Working Paper No. 3*, Vienna, 2015. Disponible en: http://www.demandat.eu/sites/default/files/DemandAT_WP3_Vogel_Economics_for_Concept_ual_Clarification_FINAL.pdf.

49 FABBRI, C.; STÖCKL, H.; JONES, K.; COOK, H.; GALEZ-DAVIS, C.; GRANT, N.; LO, Y.; ZIMMERMAN, C., «Labor Recruitment and Human Trafficking: Analysis of a Global Trafficking Survivor Database», en *International Migration Review*, vol. 57, núm. 2, 2023, págs. 629-651.

Pese a que las multinacionales a menudo buscan generar una apariencia de una falta de conexión con la trata de personas, distanciando la producción de sus centros de decisión, organización y funcionamiento⁵⁰, tienden a inducir la demanda de trata de personas a lo largo de la cadena de valor para bajar los costes de producción y ampliar los lucros. La demanda de la fuerza de trabajo se materializa tanto en formas de explotación inicialmente consentidas, como no consentidas que se basan no solamente en esclavitud, trabajo forzoso, trabajo infantil y prostitución forzada, sino también en formas de trabajo sometidas a amenazas físicas, fraude o engaño, y a diversas formas de coerción, incluida la económica⁵¹. Con frecuencia, estas personas se ven inseridas en procesos de desplazamiento que las conducen hacia la realización de trabajo forzado o de otras prácticas de esclavitud contemporánea. A pesar de haber otorgado su consentimiento inicial de manera aparentemente libre, llega un momento en el cual la relevancia del consentimiento de la persona se diluye durante el desplazamiento o más bien cuando llega en su lugar de destino final, resultando en su frecuente incorporación adversa y enclaustramiento dentro de la dinámica de la cadena de valor. Este consentimiento puede perder su validez por ejemplo cuando existen formas de coerción, que incluyen el endeudamiento inducido, restricciones externas como recintos vigilados, engaño sobre el tipo y forma de trabajo, compulsión psicológica, retención de salarios y confiscación de objetos de valor o documentos como papeles de inmigración⁵².

Entre los colectivos más vulnerables a la incorporación adversa a las cadenas de valor, se encuentra la población migrante (regular o irregular), solicitante de asilo o refugiada que a menudo es víctima de trata o de contrabando transfronterizo o interno de personas e integrada precaria o forzosamente a las prácticas y actividades productivas que forman parte de la cadena de valor. Los flujos migratorios no consentidos o inicialmente consentidos, pero viciados, a menudo condicionan el estatus de irregularidad o de ilegalidad de las personas migrantes, con lo cual estos individuos cuentan con mayores riesgos de ser afectadas por diversos vectores de vulnerabilidad que producen patrones de incorporación desfavorable al universo productivo y posibilidades de sufrir las consecuencias del ingreso en la economía informal o sumergida⁵³. Esa población muchas veces convive con uno o más vectores de vul-

50 VAN BUREN, H.; SCHREMPF-STIRLING, J.; WESTERMANN-BEHAYLO, M., «Business and human trafficking: A social connection and political responsibility model», en *Business & Society*, vol. 60, núm. 2, 2021, págs. 355-356.

51 Para un análisis de la coerción como uno de los elementos caracterizadores de la trata de personas, véase el trabajo VOGEL, D. «The Concept of Demand in the Context of Trafficking in Human Beings: Using contributions from economics in search of clarification International Centre for Migration Policy Development», en *DemandAT Working Paper No. 3*, Vienna, 2015, págs. 196-201. Disponible en: http://www.demandat.eu/sites/default/files/DemandAT_WP3_Vogel_Economics_for_Conceptual_Clarification_FINAL.pdf.

52 OIT, *Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo - Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, Ginebra, 2005, págs. 5-7.

53 Para un análisis sobre cómo las personas migrantes en el contexto de la informalidad enfrentan la inseguridad en cuanto a la estabilidad laboral, desigualdad de ingresos y la amenaza de deportación, así como las limitaciones en su capacidad para negociar su participación en el proceso productivo de la cadena de valor, véase el estudio BARRIENTOS, S. 2013., «'Labour Chains': Analysing the Role of Labour Contractors in Global Production Networks» en *The Journal of Development Studies*, vol. 49, núm. 8. 2013, pág. 1061.

nerabilidad individual o estructural (raza, etnia, clase social, género, edad, etc.⁵⁴) que pueden intersecarse⁵⁵ y promover lógicas y dinámicas de discriminación, exclusión y sumisión sea en su país de origen o de destino⁵⁶, principalmente con relación a mujeres⁵⁷ y a personas racializadas⁵⁸. Estos elementos a su vez modulan el índice de fragilidad social de parte importante de la población migrante e incrementan el riesgo de victimización por la trata de personas que al fin y al cabo originan diversas prácticas de explotación aprovechadas por los proveedores, contratistas, subcontratistas y agencias de empleo en cadena de valor.

Estos agentes económicos a menudo operan tratando de incrementar la velocidad, la calidad y la flexibilidad de la producción a la vez que se reducen los costes, lo que puede terminar brindando incentivos a los tratantes en atender a la demanda de mano de obra⁵⁹. Pese a la complejidad y multiplicidad de actores que forman parte de los procesos migratorios que favorecen la incorporación adversa de las personas migrantes a las cadenas de valor⁶⁰, es usual que la migración para la realización de actividades productivas en el país de destino venga intermediada por contratistas, reclutadores o agencias de empleo que a menudo imponen condiciones y prácticas fraudulentas, violentas y/o abusivas⁶¹ para realizar el traslado de

-
- 54 El artículo 9.º del Protocolo de Palermo presenta como factores de vulnerabilidad la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas, especialmente para las mujeres y para los niños. La UNODOC, buscando atender a los cuestionamientos sobre la falta de precisión del término “vulnerabilidad” presente en el artículo 9.º del Protocolo de Palermo, publicó un mapeamiento de las múltiples vulnerabilidades que pueden contribuir para la trata de personas, véase UNODC. *Issue Paper: Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons*, New York, 2013, pág.16.
- 55 La interseccionalidad es un concepto sociológico para comprender cómo la interacción y entrecruzamiento de diversos marcadores de la desigualdad social genera patrones de vulnerabilidad y de sumisión en determinado sistema de opresión. Véase CRENSHAW, K., «Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero», en *Estudos feministas*, año 10, 2002, págs. 171-188.
- 56 Para un análisis de cómo la interseccionalidad es un elemento importante para comprender las formas de sumisión humana e incorporación a la cadena de valor, véase SILVA CORRÊA, W. «La Interseccionalidad en la Trata de Seres Humanos: Un encuentro necesario para el enfoque de Derechos Humanos», en *Trata De Personas, Género Y Migraciones En Andalucía (España), Costa Rica Y Marruecos. Retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos*, coordinado por CORDERO RAMOS, N.; CRUZ ZUÑIGA, P., Dykinson, Madrid, 2019. y MARSLEV, K.; STARITZ, C.; RAJ-REICHERT, G., «Rethinking social upgrading in global value chains: Worker power, state-labour relations and intersectionality», en *Development and Change*, vol. 53, núm. 4, 2022, págs. 839-842.
- 57 LEBARON, G.; GORE, E., «Gender and Forced Labour: Understanding the Links in Global Cocoa Supply Chains», en *The Journal of Development Studies*, vol. 56, núm. 6, 2020, págs.1095-1117.
- 58 LINDELL, I., «Introduction: the changing politics of informality – collective organizing, alliances and scales of engagement». en *Africa’s Informal Workers: Collective Agency, Alliances, and Transnational Organizing in Urban Africa*, coordinado por LINDELL, I, Zed Books, London, 2010, pág. 1-33.
- 59 VAN BUREN, H.; SCHREMPF-STIRLING, J.; WESTERMANN-BEHAYLO, M., *ob. cit.*, pág. 358.
- 60 PHILLIPS, N., «Informality, global production networks and the dynamics of ‘adverse incorporation’», en *Global Networks*, vol. 11, núm. 3, 2011, págs. 380– 397.
- 61 Para una descripción de estas condiciones y prácticas, véase el estudio UNODC. *The Role of Recruitment Fees and Abusive and Fraudulent Practices of Recruitment Agencies in Trafficking in Persons*, Viena, 2016, págs. 10-15.

las personas migrantes y así incrementar los riesgos de trabajo no digno⁶². Es cierto que los reclutadores pueden actuar de forma registrada y legalizada, organizando y/o auxiliando los procesos de contratación, de entrenamiento laboral y de adquisición de visas para posibilitar oportunidades y condiciones de trabajo mejores en otras localidades. Sin embargo, sobre todo en los sectores de mayor riesgo de explotación laboral, hay una amplia gama de reclutadores que operan en los procesos migratorios con la finalidad de ofertar mano de obra barata y explotable⁶³.

Después de reclutadas, estas personas suelen ser inseridas en contextos productivos flexibles, volátiles, inestables y altamente sensibles a los costes económicos⁶⁴, realizando trabajos precarios, informales o ilegales en empresas más pequeñas, talleres informales y trabajados a domicilio⁶⁵, muchas veces no regulados y prácticamente invisibles que escapan de los controles no solamente del Estado, sino también de las empresas que cuentan con códigos de conducta y otros mecanismos de supervisión y vigilancia de las etapas productivas que integran su cadena. Con esto, el reclutamiento de mano de obra migrante a menudo conlleva prácticas de explotación laboral que integran las cadenas de valores de los grandes compradores globales, como ha sido analizado en múltiples contextos productivos, incluyéndose Nepal⁶⁶, Tailandia⁶⁷, Indonesia⁶⁸, Nueva Zelanda⁶⁹, Perú⁷⁰, Brasil⁷¹, Eslovaquia⁷², Ghana y Myanmar⁷³.

62 ANDREES, B.; NASRI, A.; SWINIARSKI, P., *Regulating Labor Recruitment to Prevent Human Trafficking and to Foster Fair Migration. Models, challenges and opportunities*, International Labor Organization, Switzerland, 2015, págs. 2-3.

63 JONES K., «Brokered Discrimination for a fee: The Incompatibility of Domestic Work Placement Agencies with Rights-Based Global Governance of Migration», en *Global Public Policy and Governance*, 2021, vol. 1, núm. 3, págs. 300-320.

64 ANNER, M.; BAIR, J.; BLASI, J., «Towards joint liability in global supply chains: Addressing the root causes of labor violations in international subcontracting networks», en *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 35, núm. 1, 2013, pág. 3.

65 OIT, *Informe IV, El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, Ginebra, 2016, págs. 7-8.

66 AMNESTY INTERNATIONAL, *Turning People into Profits: Abusive recruitment, trafficking and forced labor of Nepali migrant workers*, London, 2017. Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/asa31/6206/2017/en/>.

67 JONES, K.; VISSER, D.; SIMIC, A., «Fishing for Export: calo recruiters, informality and debt in international supply chains», en *Journal of the British Academy*, vol. 7, núm. 1, 2019, págs. 107-130.

68 International Organization of Migration, *Report on Human Trafficking, Forced Labour, and Fisheries Crime in the Indonesian Fishing Industry*, 2016. Disponible en: <https://www.iom.int/sites/default/files/country/docs/indonesia/Human-Trafficking-Forced-Labour-and-Fisheries-Crime-in-the-Indonesian-Fishing-Industry-IOM.pdf>

69 STRINGER, C.; WHITTAKER, D.; SIMMONS, G., «New Zealand's turbulent waters: the use of forced labour in the fishing industry», en *Global Networks*, vol. 16, núm. 1, 2015, págs. 3-24.

70 CORTÉS-MCPHERSON, D., «Labor trafficking of men in the artisanal and small-scale gold mining camps of Madre de Dios: A reflection from the "diaspora networks" perspective», en *The Palgrave international handbook of human trafficking*, 2020, págs. 1785-1802.

71 MCGRATH, S., «Fuelling global production networks with slave labour? Migrant sugar cane workers in the Brazilian ethanol GPN», en *Geoforum*, vol. 44, 2013, págs. 32-43.

72 ANDRIJASEVIC, R.; NOVITZ, T., «Supply chains and unfree labor: regulatory failure in the case of Samsung Electronics in Slovakia», en *Journal of Human Trafficking*, vol. 6, núm. 2, 2020, págs. 195-208.

73 DESHINGKAR, P.; AWUMBILA, M.; KOFI TEYE, J., «Victims of trafficking and modern slavery or agents

III. Diligencia debida empresarial, instrumentos internacionales y trata de personas

Pese a que el Protocolo de Palermo es el principal documento internacional de confrontación a la trata de personas, hay lagunas en cuanto a la cooperación entre los agentes públicos y privados en relación con este objetivo. Por un lado, el Protocolo estipula que los Estados partes deben adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar el delito de trata de personas⁷⁴, así como establecer políticas, programas y otras medidas de carácter amplio para prevenir y combatir esta práctica⁷⁵, incluyéndose la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata, especialmente contra mujeres y niños⁷⁶. Con esto, el documento prevé un compromiso relacionado con la prevención de la trata, la protección a las víctimas y la persecución a los tratantes (conocido como el triple "P"), marcando las directrices internacionales que los Estados y la comunidad internacional deben seguir en contra la trata⁷⁷. Por otro lado, no involucra explícita, efectiva e integralmente a los agentes no públicos, incluidas las entidades empresariales, en las medidas e iniciativas a ser llevadas a cabo durante sus actividades privadas, específicamente las productivas en las cadenas de valor⁷⁸.

Tradicionalmente, los marcos jurídicos supranacionales cuentan con instrumentos que obligan o sugieren las directrices al Estado como el principal actor responsable de abordar la trata y las múltiples formas de explotación derivadas desde diversos enfoques y medidas integrales, integradas y holísticas⁷⁹. No obstante, se viene requiriendo una integración activa y coordinada con otros sectores de la sociedad para una solución pública y privada del problema⁸⁰. Con esto, en las últimas décadas ha emergido un conjunto de iniciativas por parte de las organizaciones internacionales que contemplan a los agentes públicos, en el marco de sus obligaciones de garantes de los derechos humanos, como actores también responsables de involucrar a entidades privadas en la defensa de la dignidad humana y garantizar la participación de estos sectores en este proceso⁸¹. Esta obligación incluiría, entre otras iniciativas,

of change? Migrants, brokers, and the state in Ghana and Myanmar», en *Journal of the British Academy*, vol. 7, 2019, págs. 77-106.

74 Artículo 5.

75 Artículo 9, párrafo 1, letra a.

76 Artículo 9, párrafo 5.

77 CORRÊA DA SILVA, W., *Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: Avanços e desafios para a proteção dos direitos humanos*, 2.ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2022, págs. 93-95.

78 EIZELO, J., «Achievements of the Trafficking Protocol: Perspectives from the former UN Special Rapporteur on Trafficking in Persons», en *Anti-Trafficking Review*, núm. 4, 2015, pág. 145.

79 EIZELO, J., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. Informe A/67/261, de 7 de agosto de 2012), párrs. 12,13,14 y 15.

80 MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., «Nuevas iniciativas contra la trata de personas: la implicación de todos los actores (el papel de los particulares)», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2. 2012, pág. 346.

81 GARCÍA SEDANO, T., «Diligencia debida y modelos de política criminal en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud», en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 22, 2022,

la implementación de normas generales que exigen a las empresas respetar los derechos humanos y ejercer algún tipo de diligencia debida con relación a los mismos.

El instituto de la diligencia debida en el derecho internacional y su aplicación en el marco del régimen de empresas y derechos humanos

En el contexto del instituto de la diligencia debida, el Estado es tradicionalmente referido como un sujeto responsable no solamente por establecer los estándares en las conductas, sino también por las actividades de los actores privados según un régimen internacional de responsabilidad establecido por marcos jurídicos internacionales y regionales⁸². El instituto de la diligencia debida atribuye al Estado el deber de prevenir, sancionar y, en su caso, reparar la violación al derecho internacional perpetrada por un sujeto privado, pero no la responsabilidad directa por el acto directo atentatorio al derecho internacional. Las medidas para cumplir estos deberes deben ser prudentes para evitar un resultado negativo y atender a determinados estándares establecidos por ciertos regímenes jurídicos compuestos por diversas fuentes de derecho internacional⁸³. Sin embargo, está en desarrollo una tendencia en el derecho internacional relativa a la extensión de las responsabilidades de los actores no estatales en relación con los derechos humanos⁸⁴. Con esto, se está expandiendo la concepción de que los actores empresariales deberían actuar activamente en el proceso de humanización e incorporar programas e iniciativas en sus actividades orientados a garantizar los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁸⁵.

Los mecanismos para atribuir responsabilidades de derechos humanos a actores no estatales están en proceso de creación⁸⁶ y este proceso está haciendo que el instituto de la

págs. 211-213.

82 KOIVUROVA, T.; SINGH, K., «Due Diligence», en *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, coordinado por Wolfrum, R., 2010, párr. 2- 3.

83 Para un desarrollo más profundizado del instituto de la diligencia debida y sus dimensiones en el derecho internacional, véase McDONALD, N., «The role of due diligence in international law», en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, núm. 4, 2019, págs. 1041-1054 y SEIBERT-FOHR, A., «From Complicity to Due Diligence: When Do States Incur Responsibility for Their Involvement in Serious International Wrongdoing?», en *German Yearbook of International Law*, vol. 60, 2017, págs. 667-708.

84 El derecho internacional humanitario y el de los derechos humanos, por ejemplo, han reconocido las obligaciones directas de los agentes no estatales en determinadas circunstancias. Estas obligaciones forman parte del derecho internacional consuetudinario y se han convertido en una norma imperativa (*ius cogens*). Véase: CEDAW, *Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19* (UN Doc. CEDAW/C/GC/35, de 26 de julio de 2017), párr. 25. y FERNÁNDEZ LIESA, C., «Los actores no estatales y el derecho internacional de los derechos humanos», en *Derechos y Libertades*, núm 41, época II, 2019, págs. 117-147.

85 FERNÁNDEZ LIESA, C., «La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pág. 429.

86 CALATAYUD TABOADA, M. J.; CAMPO CANDELAS, J.; HERNÁNDEZ PÉREZ, P., «The Accountability of Multinational Corporations for Human Rights' Violations», en *Cuadernos Constitucionales de la*

diligencia debida venga siendo extendido al campo de actuación de otros actores en el derecho internacional⁸⁷. Frente a esto, el concepto de la diligencia debida ha pasado a ocupar un importante lugar en instrumentos políticos y jurídicos supranacionales orientados a impulsar conductas empresariales que velen y respeten los derechos humanos⁸⁸. Estos documentos vienen representando un carácter híbrido, en tanto incluyen la prescripción de un conjunto de orientaciones y recomendaciones a los Estados para difundir, implementar, velar y hacer seguimiento de los estándares de diligencia debida de las empresas que están en su territorio o que actúan bajo su jurisdicción⁸⁹. De esta forma, el enfoque contemporáneo de la diligencia debida actualmente viene abarcando no solamente la responsabilidad de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de las personas corresponde por parte del Estado, sino también a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, considerada independiente de la capacidad o voluntad de los Estados de cumplir su deber de protección de los derechos humanos⁹⁰.

La diligencia debida en el marco de empresa y derechos humanos de las Naciones Unidas

El instituto de la diligencia debida empresarial se encuentra en la agenda internacional y ya cuenta con un conjunto de documentos e instrumentos que establecen orientaciones, directrices y recomendaciones, sin embargo, carece de documentos normativos vinculantes. La regulación internacional del instituto se realiza actualmente a través de *soft law*, sin existir todavía *hard law* intersectoriales que obliguen internacionalmente tanto a los Estados a elaborar normas jurídicas adecuadas para responsabilizar al sector privado del proceso de creación de programas de diligencia debida, como a las empresas que estarían vinculadas a estos mecanismos jurídicos internacionales⁹¹.

En el ámbito internacional, la preocupación por las prácticas empresariales y sus posibles efectos nocivos en todas las esferas de la sociedad comenzó en la década de 1970. La expansión de las empresas multinacionales en el contexto de la globalización económica

Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núm. 64/65, páginas 172-173.

87 LONGOBARDO, M., «The Relevance of the Concept of Due Diligence for International Humanitarian Law», en *Wisconsin International Law Journal*, vol. 37, núm. 1, 2019, págs. 44-87.

88 INTERNACIONAL LAW ASSOCIATION. Study Group on Due Diligence in International Law. *Second Report finalizado por Tim Stephens and Duncan French*. July 2016, p. 27-29. Disponible en: https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/draft-study-group-report-johannesburg-2016.

89 Para un análisis de los procesos de elaboración, desarrollo e implementación de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos por parte de los Estados, véase IBÁÑEZ-M. P; ORDÓÑEZ-S., V., «Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos», en *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, vol. 12, núm. 24, 2014, págs. 235-242.

90 Esta por ejemplo es la posición adoptada por el Consejo de la Unión Europea en las Conclusiones del Consejo sobre derechos humanos y trabajo digno en las cadenas de suministros mundiales remitidas a las delegaciones. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Doc 13512/20*, de 1 de diciembre de 2020, párr. 26.

91 LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., «El papel de las empresas en la lucha contra la trata de personas y la esclavitud una mirada crítica a la Ley de California sobre transparencia en la cadena de suministro», en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 8, 2019, pág. 56.

generó importantes debates sobre sus responsabilidades en los países donde operan (países anfitriones), especialmente en lo que se refiere a cuestiones laborales y sociales. Ante la creciente globalización de las empresas, la comunidad internacional empezó a crear marcos no vinculantes de alcance mundial para impulsar la regulación de las conductas de las empresas multinacionales, a fin de prevenir, evitar y reparar riesgos de sus actividades que puedan derivar en violaciones de los derechos humanos y/o ambientales. Las instituciones pioneras fueron la OCDE, con las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (1976)⁹², y la OIT, con la Declaración Tripartita de la OIT de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (1977)⁹³, con objetivo de producir directrices voluntarias, declaraciones y códigos de conducta destinados a regular las actividades de las empresas multinacionales.

A partir de los años 2000, las Naciones Unidas pasaron a asumir un papel protagonista en la producción de instrumentos que impulsaban la regulación de las acciones y conductas no solamente de las empresas multinacionales, sino también de otros tipos de empresas que anteriormente no estaban incluidas debidamente en las orientaciones y directrices plasmadas en los documentos de la OCDE y de la OIT, como las pequeñas y medianas empresas (*pymes*). El primer paso importante de la ONU para la construcción de un marco más completo, amplio y sofisticado sobre empresa y derechos humanos fue la Resolución 1998/8de agosto de 1998, en la que se decidió establecer un grupo de trabajo para formular recomendaciones y propuestas relativas a los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales⁹⁴. Paralelamente, la adopción del Pacto Mundial (*Global Compact*), que sentó las bases para la definición de un nuevo modelo de desarrollo basado en diez principios sobre derechos humanos, trabajo, medio ambiente, o corrupción, entre otros⁹⁵. El Pacto Mundial fue anunciado por el exsecretario de las Naciones Unidas Kofi Annan en la reunión del Foro Económico Mundial en enero de 1999 y fue lanzado oficialmente en julio de 2000, con el objetivo de alentar a las empresas a adoptar políticas de responsabilidad social y sostenibilidad. Aunque no haga referencia específica a la trata de personas, se exhorta a la eliminación de

92 Las directrices de la OCDE, que han sido revisadas en 1979, 1982, 1984, 1991, 2000 y 2011 son un conjunto de principios y normas no obligatorias que buscan promover prácticas empresariales responsables a nivel global, en línea con las leyes y regulaciones internacionales reconocidas. Su finalidad es fomentar la contribución positiva de las empresas al progreso económico, social y ambiental a nivel mundial, abarcando aspectos más allá de los derechos laborales, como el cuidado del medio ambiente y la prevención de la corrupción. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. «Las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales y su puesta en práctica por los puntos nacionales de contacto», en *Lex Social*, vol. 10, núm. 2., 2020, págs. 101-129.

93 La Declaración Tripartita es considerada como el documento internacional más completo en cuanto a la dimensión laboral de la responsabilidad social empresarial. Ha sido actualizada en tres ocasiones: durante las reuniones 279.^a (noviembre de 2000), 295.^a (marzo de 2006) y 329.^a (marzo de 2017). GIL Y GIL, J. L. (2017). «La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Trabajo*, vol. 5, n. 1, 2017, págs. 236-285.

94 Uno de los resultados importantes de la actuación de este grupo de trabajo fue la adopción y presentación de las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos en 2003 (Un Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2).

95 GIL Y GIL, J. L., «Globalización y universalidad del derecho: la *lex mercatoria* y el derecho internacional del trabajo en el mercado global», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 2, 2016, págs. 1-46.

múltiples formas de explotación de seres humanos. Específicamente, el cuarto principio del Pacto Mundial tiene como objetivo eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio y los otros dos principios que rigen el trabajo tratan de la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el empleo.

Con el nombramiento de John Ruggie como Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas en 2005, ganó fuerza el proceso de desarrollo del marco internacional de empresas y derechos humanos. El Marco «proteger, respetar y remediar» de 2008 fue uno de los documentos sobre empresas y derechos humanos que Ruggie elaboró y presentó al Consejo de Derechos Humanos⁹⁶. Después del proceso de sistematización de las normas y de los instrumentos internacionales existentes en el ámbito de la responsabilidad de las empresas⁹⁷, Ruggie avanzó en agrupar una serie de análisis e iniciativas sobre tres elementos principales del Marco: (i) el deber del Estado de proteger frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, en particular las empresas, con inclusión de las empresas, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; (ii) la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa intervenir con una diligencia razonable para evitar la violación de los derechos; y (iii) la necesidad de vías más efectivas a los recursos de reparación tanto judiciales como extrajudiciales de los daños ocasionados por las actividades empresariales⁹⁸. Ya en el Marco de 2008, Ruggie señalaba que la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos existe independientemente de los deberes de los Estados⁹⁹ y que, dentro de su responsabilidad de protegerlos, la diligencia debida describe las medidas que debe tomar una empresa para tener conocimiento, prevenir y responder a los efectos negativos sobre los derechos humanos¹⁰⁰. Sin embargo, en el Marco de 2008 no detalló cuáles eran esas medidas, ni cómo las empresas deben llevarlas a cabo, lo que hacía que se necesitasen nuevos instrumentos para dar seguimiento a la construcción de un marco sobre empresas y derechos humanos en las Naciones Unidas.

Tras una amplia consulta capitaneada por Ruggie en la que participaron Estados, empresas y otros agentes interesados, se presentó en junio de 2011 ante el Consejo de Derechos

96 NACIONES UNIDAS. *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos* (UN Doc. A/HRC/8/5 de 7 de abril de 2008).

97 Objectivando indicar, aclarar e investigar los aspectos jurídicos y de política fundamentales del tema de las empresas y los derechos en conformidad con la demanda de su mandato, Ruggie elaboró un conjunto de documentos que contribuyeron para la redacción del Marco de 2008, entre ellos el informe sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales de 2006 (Un Doc. E/CN.4/2006/97); el Informe Las empresas y los derechos humanos: catálogo de las normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas de 2007 (Un. Doc. A/HRC/4/35); y el informe Evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos: Resolución de cuestiones metodológicas esenciales de 2007 (Un. Doc. A/HRC/4/74).

98 GIL Y GIL, J. L., «La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global», en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 10, núm. 2, 2020, pág. 11.

99 NACIONES UNIDAS. *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos* (UN Doc. A/HRC/8/5 de 7 de abril de 2008), párr. 55.

100 NACIONES UNIDAS. *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos* (UN Doc. A/HRC/8/5 de 7 de abril de 2008), párr. 56.

Humanos las recomendaciones bajo la forma de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PRNU). Días después, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó unánimemente la Resolución 17/4, que adoptó el documento que sintetizó, profundizó y consolidó los trabajos preparatorios¹⁰¹. Los PRNU tienen como objetivo principal poner de relieve las medidas que los Estados deben adoptar para promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Asimismo, servir de modelo a esas empresas para la implementación de políticas y procedimientos que materialicen ese respeto y reduzcan los riesgos de violaciones. Es el documento internacional donde se recogió por vez primera el concepto de diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos y sigue siendo el instrumento internacional más importante para el desarrollo de este concepto, que viene presentado en los principios 15 y 17 de los PRNU¹⁰² y más profundamente desarrollado en el guía interpretativa publicado en 2012 por las Naciones Unidas¹⁰³. Corresponde al proceso que la empresa debe llevar a identificar, evaluar, prevenir, mitigar, cesar y, en su caso, reparar los efectos adversos reales (y potenciales, en la prevención) en derechos humanos y medio ambiente, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos (principio 13)¹⁰⁴.

Asimismo, los principios 14 y 15 señalan que la responsabilidad de respetar los derechos humanos recae sobre todas las empresas con independencia de su tamaño, estructura, modelo o sector de operación y que deben no solamente entablar las medidas de diligencia, sino también emprender procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar. Adicionalmente, los principios 18, 19, 20 y 21 versan sobre las medidas concretas que las empresas deben llevar a cabo durante sus actividades en implementación de medidas de diligencia debida, incluyéndose directrices sobre la identificación y evaluación de las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos (principio 18), la prevención y mitigación de estas consecuencias (principio 19), el seguimiento de las iniciativas tomadas (principio 20) y la publicidad y comunicación de dichas iniciativas (principio 21).

Los PRNU no crean nuevas obligaciones a las empresas ni consisten en un marco jurídico de regulación de las actividades empresariales completamente novedoso, sino que recogen e interpretan las obligaciones en derechos humanos establecidas ya por el derecho internacional y señalan directrices para su cumplimiento en el contexto de la relación entre la empresa y los derechos humanos. Por eso, no incluyen un sistema de sanciones ni penas por

101 Para un detallamiento de estos trabajos, véase NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»* (UN Doc A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2011), párr. 12.

102 La definición de diligencia debida en derechos humanos está prevista en el principio 15 y es ampliada en el principio 17 de los PRNU. Véase NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* (UN Doc HR/PUB/11/04), 2011.

103 NACIONES UNIDAS, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide* (UN Doc HR/PUB/12/02), 2012.

104 Para un análisis detallado del concepto de diligencia debida establecido en el PRNU, véanse los trabajos BONNITCHA, J.; MCCORQUODALE, R., «The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights», en *European Journal of International Law*, vol. 28, núm.3, 2017, págs. 899-919 y GERRARD RUGGIE, J.; SHERMAN, J., «The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcho and Robert McCorquodale», en *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, 2017, págs. 921-928.

su incumplimiento, pero apuntan a la necesidad de establecer leyes, normativas y acuerdos internacionales vinculantes, por parte de los Estados, como forma de ejercer su obligación de proteger eficazmente los derechos humanos en el ámbito de actuación de la empresa y garantizar el derecho de acceso a la justicia de las personas afectadas¹⁰⁵. Con esto, los PRNU han ejercido una influencia fundamental en el desarrollo de iniciativas posteriores, consolidándose como el punto de partida primordial para la implementación de procesos de diligencia debida en derechos humanos, tanto a nivel internacional como dentro de los marcos regionales y nacionales¹⁰⁶.

Si bien los PRNU no abordan específicamente la conexión entre la actividad empresarial y la trata en las cadenas de valor, en el marco de instrumentos jurídicos y políticos de las Naciones Unidas existen documentos que vienen señalando que los programas empresariales de diligencia debida en materia de derechos humanos deben incluir iniciativas vinculadas a la lucha contra la trata de personas y las formas de explotación derivadas para garantizar la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluidos los laborales. Estos programas no deben solamente hacer referencia a la prohibición de la trata de personas y de las formas de explotación de ella derivada, sino también tener en consideración sistemas de diligencia adecuados al *modus operandi* de la trata, a sus indicadores específicos, a los medidores de los riesgos de victimización y a la evaluación de los impactos de esta forma de vulneración de los derechos humanos durante la actividad productiva desarrollada en los diversos eslabones, sobre todo en aquellos más distantes del producto o servicio final. Este abordaje en los programas de diligencia debida contribuiría a identificar los riesgos y las prácticas de trata, así como a abordarlos para prevenirlos o para mitigarlos¹⁰⁷.

Considerándose que los Estados son responsables de hacer frente a las vulneraciones de derechos humanos cometidas por los agentes privados, entre estas medidas se encuentra la prescripción de obligaciones al sector privado, a través de leyes y de políticas, como buenas prácticas y directrices sobre el papel de las empresas en el enfrentamiento a la trata, involucrándolas explícitamente en el proceso de efectivización y tutela de los derechos humanos¹⁰⁸. En consonancia con el proceso de extensión de las responsabilidades de los agentes no estatales en relación con los derechos humanos, se viene señalando la necesidad de que los Estados involucren a los agentes privados en la lucha contra la trata desde un enfoque integrado, enunciando de forma clara y específica que se espera que todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción respeten los derechos humanos en todas sus actividades, tanto dentro del país como en el extranjero, y adoptando medidas adecuadas para poner fin a la trata de personas o su explotación, independientemente del tamaño, el sector, el contexto

105 GIL Y GIL, J. L., «Globalización y universalidad del derecho: la *lex mercatoria* y el derecho internacional del trabajo en el mercado global», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 2, 2016, págs. 83-128.

106 GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Diligencia debida en derechos humanos ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales? » en *Revista de derecho social*, núm. 95, 2021, pág. 74.

107 EZEILO, J., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/67/261, de 7 de agosto de 2012), párr. 38.

108 GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/70/260, de 3 de agosto de 2015), párr. 40.

operacional, el socio y la estructura de la empresa¹⁰⁹, incluyéndose las empresas pequeñas y medianas dentro de los límites de la proporcionalidad y razonabilidad¹¹⁰.

Diversos agentes que forman parte del sistema de las Naciones Unidas han publicado instrumentos que recogen un conjunto de medidas, orientaciones y directrices de diligencia debida indicadas como importantes para el abordaje a prácticas empresariales que tienen efectos sobre la vulneración de derechos humanos, incluida la trata de personas y las formas de explotaciones derivadas. Entre ellos, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y los Relatores Especiales sobre la trata de personas vienen elaborando documentos que contienen los análisis y las recomendaciones sobre diligencia debida, derechos humanos y trata de personas y explotación derivada a partir de un enfoque integral, integrado y holístico.

Las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas

El Grupo de Trabajo sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas ha publicado un amplio conjunto de informes relativos a la implementación eficaz de programas de diligencia debida. En específico, ha elaborado varios informes de especial relevancia en relación con los impactos adversos de las conductas empresariales en grupos socialmente marginados, que cuentan con mayor riesgo de vulneración de sus derechos humanos. El Grupo de Trabajo viene señalado la importancia de que iniciativas empresariales de diligencia debida tengan en cuenta en sus programas cómo los diversos marcadores de la desigualdad social pueden incrementar el riesgo de vulneración de los derechos humanos a lo largo de las cadenas de valor, incluyéndose por las prácticas de trata de personas y de explotación de los colectivos socialmente vulnerables.

En los informes A/HRC/41/43¹¹¹ y A/68/27¹¹², el Grupo de Trabajo indicó que los programas necesitan considerar que las mujeres, incluidas las indígenas, sufren los efectos adversos de las actividades empresariales de manera diferente y desproporcionada a los hombres y que esta vulnerabilidad está asociada a las discriminaciones de género que a menudo se encuentran interseccionadas por otros marcadores, como edad, color, casta, clase, etnia, religión, idioma, nivel de alfabetización, grado de acceso a los recursos económicos, estado civil, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, residencia en una zona rural, situación migratoria o pertenencia a un pueblo indígena o minoría¹¹³. En esta línea, señaló que las mujeres pueden más fácilmente ser víctimas

109 EZEILO, J., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/HRC/23/48, 18 de marzo de 2013), párr. 85.

110 NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* (UN doc. A/HRC/35/32, de 24 de abril de 2017), párrs. 14 y 46.

111 El informe A/HRC/41/43 versa sobre las Dimensiones de género de los PRNU.

112 El informe A/68/279 aborda los impactos de las actividades empresariales en los derechos de los pueblos indígenas.

113 NACIONES UNIDAS. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* (UN Doc A/HRC/41/43, de 23 de mayo de 2019), parr. 2 y Naciones Unidas. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* (UN Doc A/68/279, de 7 de agosto de 2013), párr. 2.

de un conjunto de formas de violación de derechos humanos por parte de prácticas explotadoras y abusivas de las entidades económicas, incluida la trata con fines de explotación sexual¹¹⁴.

El Grupo de Trabajo no dejó de mencionar que la discriminación racial está a menudo intersecada con la de género, lo que hace que grupos como las campesinas, las trabajadoras estacionales, las personas sin tierra y las minorías étnicas, sean más vulnerables a múltiples formas de violencia, incluida la explotación de la mano de obra¹¹⁵. Esto fundamenta la necesidad de elaborar programas de diligencia debida que consideren el carácter integrado y sistémico de las discriminaciones, haciendo frente a la discriminación de género cruzada con otras formas de opresión¹¹⁶ a partir de un conjunto de iniciativas que incorporen la perspectiva de género, como la evaluación reactiva de género, las medidas transformadoras de género y las reparaciones transformadoras de género¹¹⁷.

Adicionalmente, en el informe A/75/212¹¹⁸ el Grupo de Trabajo resaltó que los marcadores de la desigualdad pueden verse incluso intensificados en momentos de conflictos armados y de crisis humanitaria, a menudo responsables por incrementar los flujos migratorios de los colectivos más vulnerables desde sus comunidades originarias y por aumentar el riesgo de victimización por trata de personas con fines de explotación¹¹⁹. Se resaltó que las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos no solamente también rigen en tiempos de paz, en los conflictos y en situaciones posteriores a los conflictos, sino que deben ser reforzadas e incrementadas justamente en función de los impactos de los conflictos para seguir velando por los derechos internacionalmente reconocidos. Esto hace que empresas que tienen relación directa o indirecta con actividades empresariales desarrolladas, operadas o proveedoras de apoyo en estos contextos inestables deban redoblar y fortalecer sus políticas de diligencia en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos¹²⁰, incluidos aquellos programas empresariales sensibles a la discriminación de género¹²¹.

Las recomendaciones de los Relatores Especiales sobre la trata de personas

En el marco de los informes presentados por los Relatores Especiales sobre la trata de personas a la Asamblea General de las Naciones Unidas, se ha promovido un conjunto docu-

114 NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* (UN Doc A/HRC/41/43, de 23 de mayo de 2019), párr. 15.

115 NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* (UN Doc A/68/279, de 7 de agosto de 2013), párrs. 2, 3 y 31.

116 NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* (UN Doc A/HRC/41/43, de 23 de mayo de 2019), párr. 21.

117 NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* (UN Doc A/HRC/41/43, de 23 de mayo de 2019), párr. 39.

118 El informe A/75/212 aborda las actividades empresariales en contextos de conflicto y posteriores a conflictos.

119 NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* (UN doc. A/75/212, de 21 de julio de 2020), párr. 12.

120 NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* (UN doc. A/75/212, de 21 de julio de 2020), párrs. 41 a 49.

121 NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* (UN doc. A/75/212, de 21 de julio de 2020), párrs. 62 y 63.

mentos de análisis, críticas y recomendaciones relativas a los programas de enfrentamiento a la trata. En específico, las Relatoras Joy Ezeilo y María Grazia Giammarinaro han tenido un papel destacado, detallando y orientando las medidas específicas de diligencia debida que las empresas pueden adoptar para hacer frente a la trata de personas¹²².

En el informe A/HRC/23/48, Ezeilo señaló que la lucha contra la trata y a las formas de explotación derivadas demanda medidas holísticas, sistemáticas, integrales e integradas que posibiliten la detección, la evaluación y la resolución del problema, con el enfoque de los derechos humanos¹²³. En este sentido, uno de los programas de diligencia debida recomendados por la Relatora integra las iniciativas empresariales de reducción de los riesgos de trata. Indicó que gran parte de los trabajadores objeto de trata y de sus formas de explotación son captados no directamente por la empresa donde trabajan, sino por una agencia o por un intermediario, con lo cual puso de manifiesto que los Estados han de plantearse la posibilidad de reglamentar las actividades de los agentes y agencias de contratación¹²⁴.

En el informe A/HRC/35/37, Giammarinaro avanzó en formalizar las posibilidades de reglamentación. También indicó que los procesos de contratación pueden ser importantes formas de fomento de la trata de personas, con lo cual las acciones de regulación del proceso de contratación, sobre todo de aquellos llevados a cabo en los primeros eslabones de la cadena, desempeñan un importante papel en la reducción de los riesgos de trata, principalmente cuando la mano de obra se encuentra en contexto de vulnerabilidad en función de su estatus migratorio. Recomendó a las empresas bloquear o más bien cerrar ciertos puntos de entrada para que los traficantes y tratantes introduzcan a personas vulnerables en la cadena una empresa. Esta iniciativa incluiría el fortalecimiento de estos mecanismos teniendo en consideración el grado de informalidad existente en el sector económico para cual opera el contratista o la agencia de empleo y el porcentaje que representan los grupos vulnerables en la fuerza laboral contratada por estas agencias, en particular el número de trabajadores migratorios, temporales, estacionales, por contrata o que desempeñan su actividad en su domicilio¹²⁵.

122 En sus mandatos, los principales informes relativos a esta temática han sido A/67/261 relativo al análisis temático de la cuestión de la trata de personas en las cadenas de suministro; A/HRC/23/48 vinculado al análisis de las medidas orientadas a desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas; A/70/260 sobre la diligencia debida de diversos actores, incluidas las empresas, en el enfrentamiento a la trata; A/HRC/35/37 relativo a iniciativas de múltiples partes interesadas y las coaliciones sectoriales para combatir la trata en las cadenas de suministro adoptando medidas voluntarias; A/74/189 relativo a respuestas correctivas viables a largo plazo dirigidas a los trabajadores que son víctimas de la trata de personas y de explotación grave en las operaciones y cadenas de suministro de las empresas y A/HRC/44/45 relativo a lagunas de protección del marco jurídico y normativo para prevenir y combatir la trata.

123 EZEILO, J., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, (UN Doc. A/HRC/23/48, 18 de marzo de 2013), párr. 18.

124 EZEILO, J., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/HRC/23/48, 18 de marzo de 2013), párr. 65.

125 GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/HRC/35/37, de 28 de marzo de 2017), párrs. 76 y 77.

Poniendo de manifiesto la importancia de impulsar la reglamentación estatal relativa a la participación de las empresas matrices y proveedoras en la protección al proceso de reclutamiento para garantizar el empleo decente y evitar la trata de personas, Giammarinaro recomendó que los programas empresariales de diligencia debida incluyan medidas de control de las prácticas de los proveedores y de las agencias de contratación, como la solicitud de plena divulgación de los nombres de los contratistas de sus proveedores, detalle y esquematización de la cadena para visibilizar y evaluar las actividades desarrolladas, aplicación un programa de fomento de la capacidad para los proveedores a fin de mejorar su conocimiento de los indicadores de riesgo y prestación de asistencia en la aplicación de medidas destinadas a demostrar su conformidad con las normas y políticas de la empresa en materia de trata y explotación de seres humanos¹²⁶.

Otra importante recomendación que integra el marco de los informes de las Relatoras Especiales mencionadas tiene que ver con la integración, participación y acción conjunta de los agentes privados, en el marco de la cooperación y colaboración de los diversos agentes económicos que participan de la cadena, de las partes interesadas en el establecimiento y efectivización de normas de confrontación a la trata desde programas de diligencia debida implantados en las actividades productivas de la cadena de valor. Estas partes pueden corresponder a las empresas líderes, los proveedores, las entidades de contratación, los sindicatos, los trabajadores y otros agentes de la sociedad civil que llevarían a cabo sistemas de evaluación y de comunicación sobre los riesgos de trata de personas que involucren coaliciones y grupos de entidades comprometidos principalmente con los riesgos que tienen lugar en estabones más distante.

También en el informe A/HRC/35/37, Giammarinaro señaló la importancia de sistemas empresariales sólidos, específicos e integrados de auditoría que posibiliten no solamente la evaluación, sino también la creación, difusión y establecimiento de directrices específicas para la trata de personas en función de los riesgos y de las prácticas identificadas previamente¹²⁷.

En el marco de los informes A/67/261, A/74/189 y A/HRC/23/48, las Relatoras Giammarinaro y Ezeilo indicaron que este sistema de auditoría podría alcanzar mejores resultados en caso de que viniese acompañado de (i) mecanismos de consulta, diálogo, participación y de reclamación de los trabajadores, especialmente aquellos más vulnerables tales como mujeres, jóvenes e migrantes, que les den voz y que les empoderen para recoger y analizar sus aportaciones, opiniones e intereses útiles para el diseño de programas de diligencia debida y evitar medidas que tengan efectos dañinos a sus derechos humanos; y de (ii) medidas relativas a la sofisticación del proceso de auditoría, incluyéndose una mejor formación de los auditores, la extensión de la auditoría a todos los eslabones de la cadena, el fortalecimiento de las iniciativas para el intercambio de datos e información y la utilización de nuevas tecnologías a fin de mejorar la recolección de información. Estos abordajes procedimentales de los programas empresariales de diligencia debida tendrían una importante función en el desglose de los indicadores, los riesgos, las prácticas y las intervenciones relativas a la trata y la explotación derivada por parte de proveedores, contratistas, subcontratistas, eslabón, región y sector

126 GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/HRC/35/37, de 28 de marzo de 2017), párrs. 92, 93 y 94.

127 GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/HRC/35/37, de 28 de marzo de 2017), párr. 53.

productivo. Con un mecanismo de auditoría más perfeccionado e integrado se mejorarían las condiciones de detección y de medición de los riesgos o las prácticas de trata de personas en los distintos eslabones. Entonces, las empresas matrices podrían priorizar las auditorías sobre la base de la presencia de indicadores de riesgo en las prácticas de subcontratación o en sectores económicos y zonas geográficas de alto riesgo y así perfeccionar los sistemas de certificaciones y fundamentar mejor las tomas de decisiones relativas a la participación o exclusión de los socios comerciales en las cadenas¹²⁸.

Más allá de los mecanismos de reducción de los riesgos durante la contratación y de auditoría, evaluación y certificación integrados, humanizados y cooperados, las Relatoras Especiales vienen indicando que, para un abordaje holístico y sistémico de la trata, la labor empresarial exige la reformulación de las prácticas comerciales de las propias empresas que tienen el poder de gobernanza en la cadena de valor.

En el informe 70/260, Giammarinano resaltó que este abordaje trasciende las acciones meramente individuales de las empresas para conectarse con la naturaleza estructural de la trata, visibilizando de qué forma las conductas empresariales se conectan a ella para incrementar la efectividad de las conductas empresariales de diligencia debida. Esto, a razón de que la diligencia debida para prevenir la trata de personas incluye no solamente medidas directas en las etapas del sector productivo, sino también iniciativas que alcancen las causas y factores más amplios y profundos que contribuyen para la trata, a ejemplo de las prácticas comerciales de las grandes empresas y la precarización de la calidad de los procesos migratorios¹²⁹.

Adicionalmente, en el informe A/HCR/35/37, Giammarinano indicó la importancia de desarrollar programas en el seno de la empresa matriz que faciliten que los agentes económicos, como proveedores, contratistas y subcontratistas, cumplan con las expectativas contractuales para garantizar los derechos humanos, incluyendo que los trabajadores incorporados a la cadena de valor tengan salarios, beneficios y condiciones laborales dignas. Estas iniciativas supondrían no solamente la modificación de las prácticas comerciales de la empresa matriz que pudieran repercutir negativamente en las condiciones de trabajo de sus proveedores, sino también un sistema de colaboración y cooperación, involucrando colectivamente a sus empleados y a los empleados de sus proveedores en la lucha contra la trata de personas¹³⁰.

128 GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/HRC/35/37, de 28 de marzo de 2017), párrs. 54 y 55; EZEILO, J., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/67/261, de 7 de agosto de 2012), párrs. 33 y 50; EZEILO, J., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*. (UN Doc. A/HRC/23/48, 18 de marzo de 2013), párrs. 76, 77 y 78; GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/70/260, de 3 de agosto de 2015), párr. 42.; GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/74/189, de 18 de julio de 2019), párrs. 48, 49 y 50.

129 GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/70/260, de 3 de agosto de 2015), párrs. 20 y 21.

130 GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/HRC/35/37, de 28 de marzo de 2017), párrs. 91 y 94.

IV. El porvenir normativo de la lucha contra la trata de seres humanos desde las propuestas europeas de instrumentos vinculantes sobre diligencia debida empresarial

La Unión Europea está a la vanguardia en las iniciativas que impulsan la diligencia debida en materia de derechos humanos para las empresas no solamente europeas con actividad dentro y fuera del Estado sede, sino también las extranjeras que operan en territorio europeo. Estas iniciativas ya abarcan un conjunto de Directivas y Reglamentos que obligan a desarrollar programas de diligencia debida a determinadas empresas sectoriales¹³¹. También se incluyen un conjunto de instrumentos no vinculantes que orientan y dan directrices a los Estados miembros sobre la confrontación a la trata de seres humanos, incluidas aquellas que prescriben responsabilidad de las empresas con respecto al enfrentamiento de la trata y explotación de seres humanos en sus cadenas de valor¹³².

Sin embargo, la falta de una iniciativa intersectorial vinculante y de marcos normativos específicos obligatorios orientados al enfrentamiento a la trata y las formas de explotación de ella derivada ha motivado la UE a promover normas de carácter vinculante sobre la temática. Entre ellas, se encuentran la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre derechos humanos y sostenibilidad (2022) y la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeo que prohíbe en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso (2022). Pese a representar un importante avance hacia la creación de nuevos marcos normativos, su (i) ámbito de aplicación personal y (ii) material y (ii) las medidas de diligencia debida pueden limitar un combate holístico a la trata de personas.

131 Entre ellos, se encuentran: (i) Reglamento 995/2010/UE por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera; (ii) Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad (iii) Reglamento 2017/821/UE por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro en lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo. Para un análisis detallado de dichas normativas, véase MÁRQUEZ CARRASCO, C., «Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: Orígenes, evolución y perspectivas de futuro», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, págs. 620-622 y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Diligencia debida en derechos humanos ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales?» en *Revista de derecho social*, núm. 95, 2021, págs. 81-84.

132 Véase por ejemplo, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible*, COM(2022) 66 final de 23 de febrero de 2022.; COMISIÓN EUROPEA, *Estrategia de la UE contra la trata de seres humanos 2012-2016*, COM(2012) 286 final de 19 de junio de 2012.; COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación sobre la estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021- 2025*, COM(2021) 171 final. 14 de abril de 2021.; COMISIÓN EUROPEA, *Plan de Acción de la UE para los derechos humanos y la democracia (2015- 2019), Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE*, JOIN(2015) 16 final de 28 de abril de 2015.; COMISIÓN EUROPEA, *Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024*. JOIN(2020) 5 final de 25 de marzo de 2020.

La Propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

La propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad fue adoptada por la Comisión Europea en 23 de febrero de 2022. La propuesta sigue el procedimiento legislativo ordinario y actualmente se encuentra en estado de negociación¹³³. En la exposición de motivos de la propuesta, se señala que representa una propuesta de instrumento jurídico obligatorio, horizontal e intersectorial para establecer una homogeneidad y coherencia en el marco de empresas y derechos humanos en la Unión Europea, bien como estándares mínimos para el desarrollo sostenible a lo largo de las cadenas de producción de las cuales participan empresas europeas o que actúan en territorio europeo. Establece medidas concretas de diligencia debida empresarial para proteger los derechos humanos y otorga a los Estados miembros la obligación de garantizar su cumplimiento y ejercicio por parte de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación desde normas nacionales y instrumentos de control¹³⁴.

En el contenido de la propuesta adoptada por la Comisión, está recogido un conjunto de disposiciones sobre el ámbito de aplicación, sistema de responsabilidad, sistema de sanciones, creación de instituciones y asignación de las funciones estatales que pueden contribuir a transformar el modelo de obligaciones empresariales relativas a los derechos humanos en Europa. Sin embargo, las críticas que la propuesta inicial de la Comisión ha recibido han señalado que sus carencias y debilidades podrían socavar su finalidad e iniciativas más ambiciosas¹³⁵. Buscando adecuar mejor el contenido de la propuestas a los objetivos pretendidos, el Parlamento ha aprobado un conjunto de enmiendas al texto de la Comisión que han cambiado varios aspectos de la propuesta original¹³⁶. El análisis de los puntos de mayor interés de la propuesta tiene en consideración el contenido actual de la Propuesta con la enmiendas aprobadas incluidas.

El ámbito de aplicación personal

Las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Propuesta serán las que operan en el mercado único, sean las domiciliadas en la Unión, o sean las domiciliadas en países terceros. La Propuesta inicial establec tres grupos: (i) empresas de la UE que cuenten con más de 500 empleados de media; y una facturación neta mundial superior a los 150 millones de euros en el último ejercicio; (ii) empresas de la UE que cuenten con una media de 250 empleados y

133 Siguiendo el procedimiento del dialogo informal tripartito, la Propuesta está siendo debatida en el Consejo desde 24 de febrero de 2022. Asimismo, el Comité Económico Social emitió el dictamen C 443/81 el 13 de julio de 2022 y el Banco Central adoptó el dictamen C 249/3 el 05 de junio de 2023.

134 El modelo de responsabilidad atribuido a los Estados miembros por la propuesta es de resultado, y no de medio. Véase: GÓMEZ, M. S., «La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en Derechos Humanos y Medio Ambiente», en *Temas laborales Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 168, pág. 355, 2023.

135 GUAMÁN, A., «La Comisión Europea defrauda de nuevo: la fallida propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Derechos Humanos» en el *diario digital Público*, 2022. Disponible en: <https://blogs.publico.es/dominiopublico/43654/la-comision-europea-defrauda-de-nuevo-la-fallidapropuesta-de-directiva-sobre-diligencia-debida-en-derechos-humanos/>.

136 El 01 de junio de 2023, el Parlamento Europeo aprobó las enmiendas presentadas a la propuesta de Directiva. Hasta 03 de octubre de 2023 (última fecha de actualización), han sido aprobadas un total de 381 enmiendas cuyas descripciones son detalladas en la página web del Parlamento: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_ES.html.

un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones de euros caso al menos 50% del volumen de negocio de la empresa se haya generado en los sectores considerados de riesgo por la propuesta; (iii) empresas de países terceros con actividades en la UE con un umbral de volumen de negocios generados en la UE que se ajuste a los criterios de los grupos 1 y 2¹³⁷, excluyéndose las pequeñas y medianas empresas (*pymes*). Para el cálculo del número de empleados, se consideran tanto los empleados a tiempo parcial y completo directamente empleados por la empresa, cuanto los trabajadores de agencias de trabajo temporal, no incluyéndose explícitamente otras categorías¹³⁸. Según la exposición de motivos, esta configuración provoca que queden integradas en el ámbito de aplicación de la norma 13.000 empresas de la UE y 4.000 de terceros países.

Las enmiendas del Parlamento, sin embargo, han reducido el umbral de aplicación personal de la Propuesta y han modificado la forma de cómputo del número de trabajadores, con lo cual más empresas van a verse obligadas a desarrollar programas de diligencia debida. Aparte de se eliminar el criterio de pertenencia a sectores de gran impacto en derechos humanos y medios ambiente¹³⁹, los nuevos grupos incluidos en los umbrales para las empresas de la UE serían: (i) tener una media de más de 250 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millone de euros¹⁴⁰ y (ii) en el caso de no haber alcanzado este último umbral, ser la sociedad matriz última de un grupo que tenía 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones de euros¹⁴¹. Respecto a las empresas de países terceros con actividades en la UE, el texto emendado establece dos grupos incluidos en el ámbito de aplicación: (i) empresa generó un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones de euros, siempre que al menos 40 millones de euros se generaran en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero, incluido el volumen de negocios generado por empresas terceras con las que la empresa o sus filiales hayan celebrado un acuerdo vertical en la Unión como contraprestación al pago de un canon¹⁴² y (ii) en el caso de no haber alcanzado este último umbral ser la sociedad matriz última de un grupo que haya tenido 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a los 150 millones de euros, de los que al menos 40 millones de euros se hayan generado en la Unión, en el último ejercicio para el que se hayan elaborado estados financieros anuales, considerando también el volumen de negocios generado por terceras empresas con las que la empresa o sus filiales hayan celebrado un acuerdo vertical en la Unión como contraprestación al pago de un canon¹⁴³. Asimismo, el Parlamento ha ampliado las categorías de trabajadores que serán computados para definir la inclusión de la empresa al ámbito de aplicación personal de las empresas constituidas conforme la legislación del Estado miembro, añadiendo también el grupo «otros trabajadores con formas de empleo atípicas»¹⁴⁴ a las categorías previamente establecidas por la Comisión.

La Propuesta de Directiva inicialmente propuesta por la Comisión se aparta de la directriz establecida por los PRNU, que establece que la responsabilidad de las empresas de respetar

137 Artículo 2, puntos 1 y 2.

138 Artículo 2, punto 3.

139 Enmiendas 91, 92 y 93 a los artículos 2, apartado 1, letra b, incisos i, ii y iii.

140 Enmienda 89 al artículo 2, apartado 1, letra a.

141 Enmienda 90 al artículo 2, apartado 1, letra b.

142 Enmienda 94 al artículo 2, apartado 2, letra a.

143 Enmienda 94 al artículo 2, apartado 2, letra b.

144 Enmienda 96 al artículo 2, apartado 3.

los derechos humanos «se aplica a todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operativo, y estructura» aunque reconozcan también que «la escala y la complejidad de los medios a través de los cuales las empresas cumplen con esa responsabilidad pueden variar según estos factores y con la gravedad de los impactos adversos de la empresa en los derechos humanos»¹⁴⁵. Pese a que la enmienda 7 del Parlamento a la Propuesta de la Comisión haya añadido en las consideraciones que «todas las empresas deben respetar los derechos humanos tal como se consagran en los convenios internacionales e instrumentos enumerados en el anexo, parte I, sección 2», no todas las empresas están incluidas en el ámbito de aplicación de la propuesta enmendada por el Parlamento, aunque haya habido un importante avance hacia el aumento del número de empresas que serán obligadas a desarrollar programas de diligencia debida. Asimismo, el texto revisado todavía se encuentra desconectado de las directrices y recomendaciones promovidas en el seno del Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas desde los informes de los Relatores Especiales, según los cuales las medidas de enfrentamiento a la trata de seres humanos y a la explotación de ella derivada deben ser integrales y, llevando en consideración la proporcionalidad y razonabilidad, incluir también el involucramiento de otros sectores empresariales además de las empresas matrices de la cadena de valor¹⁴⁶. Tanto las grandes empresas como las pequeñas y medianas (*pymes*) pueden verse beneficiadas, independientemente de su tamaño, por la utilización de servicios o de productos que han contado con prácticas de explotación de trabajadores víctimas de trata de personas y ajenos a su cuadro de empleados y vinculados a empresas contratistas y subcontratistas, con lo cual deberían verse también obligadas a entablar programas de diligencia debida, siempre en consonancia con la proporcionalidad y razonabilidad.

El ámbito de aplicación personal también puede verse afectado por el parámetro utilizado relativo al cálculo del número de empleados que forma parte del cuadro de personal de la empresa. Eso porque al tener en cuenta solamente los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial contabilizados a partir de la contratación registrada o utilización de agencias de empleo también registradas¹⁴⁷, no se asume que incremento del riesgo de violación de los derechos humanos en la cadena de valor de grandes empresas está relacionado no con el número de empleados directos, sino con el número de trabajadores estimados que contribuyen a largo de la cadena de valor para el producto o servicio final, sobre todo los concentrados en los eslabones inferiores de los sectores de riesgo. Es cierto que el texto revisado avanza al incluir la categoría «trabajadores con formas de empleo atípicas» para el cómputo, sin embargo, no está claro si esta categoría incluiría los trabajadores localizados en los otros eslabones de la cadena. En función del diseño normativo de la Propuesta, se corre el riesgo de que el ámbito de aplicación centrado solamente en las grandes empresas las induzca a adoptar comportamientos oportunistas, buscando reorganizar su modelo de negocio y el número de empleados para escapar de lo circunscrito por la Propuesta¹⁴⁸. Hubiera sido más coherente desde un planteamiento holístico contra la trata y la explotación de seres humanos si la Propuesta hubiera tenido en cuenta a los trabajadores estimados de toda la cadena y que

145 Principio Rector 14.

146 GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (Un. Doc A/HRC/44/45, de 6 de abril de 2020), párrs. 16, 48, 59, 65 y 78.

147 Artículo 2, puntos 1 y 3.

148 BONFANTI, A.; BRINO, V., «La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida reflexiones de Derecho del Trabajo y de Derecho Internacional Privado», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16, 2022, págs. 5-6.

incluyera proporcional y equitativamente a las *pymes* que operan en sectores de alto riesgo, según su tamaño, capacidad e impacto productivo, especialmente en caso de empresas contratistas y subcontratistas que estén involucradas en la estructura productiva.

Otro aspecto importante de la Propuesta se refiere a la extensión del deber de diligencia a lo largo de la cadena de valor. El deber de diligencia debida previsto en el proyecto de Directiva de la Comisión se extiende no solamente a los impactos que resulten de las operaciones propias o de las filiales, sino también a aquellos resultantes «de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una relación comercial establecida»¹⁴⁹. La Propuesta inicial detalla que una relación comercial establecida corresponde a «una relación comercial, directa o indirecta, que sea o que se espera que sea duradera, habida cuenta de su intensidad o de su duración, y que no represente una parte insignificante o meramente accesoria de la cadena de valor»¹⁵⁰. La relación comercial establecida se da con una persona jurídica considerada «socio», con la que una sociedad tenga un acuerdo comercial o proporcione «financiación, seguros o reaseguros»¹⁵¹; o que «realice operaciones comerciales relacionadas con los productos o servicios de la empresa para o en nombre de la empresa»¹⁵². Debido a su redacción, se entiende que la propuesta tiene la pretensión de generar obligaciones empresariales más allá de los niveles más altos de la cadena de valor, no solamente dentro del territorio europeo, sino también fuera de la Unión para dar una dimensión extraterritorial de la protección de los derechos humanos¹⁵³.

El texto enmendado modifica algunos de estos aspectos de la Propuesta original. En función de las enmiendas del Parlamento, en el deber de diligencia se incluyen a los actores empresariales «que hayan causado, a los que hayan contribuido o con los que tengan una vinculación directa, con respecto a sus propias actividades y las de sus filiales y las actividades de las entidades de su cadena de valor con las que dichas empresas mantengan una relación comercial»¹⁵⁴. En la redacción del nuevo texto hay un importante cambio de «relación comercial establecida»¹⁵⁵ para «relación comercial»¹⁵⁶, prescindiendo del carácter «establecido» para considerar la extensión del deber de diligencia. Esta modificación a principio supone que, para establecer la extensión de las obligaciones de diligencia de la empresa matriz respecto a las otras entidades productivas de la cadena, no sería más necesario que hayan los criterios de durabilidad o expectativa de durabilidad de la relación, bien como de que represente una parte significativa de la producción en la cadena de valor.

149 Artículo 1, punto 1, letra a.

150 Artículo 3, letra f.

151 Artículo 3, letra e, inciso 1.

152 Artículo 3, letra e, inciso 2.

153 BONFANTI, A.; BRINO, V., «La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida reflexiones de Derecho del Trabajo y de Derecho Internacional Privado», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16, 2022, págs 10-11.

154 Enmienda 85 al artículo 1, apartado 1, párrafo 1, letra a.

155 La enmienda 113 al artículo 3, letra f, suprime el concepto de relación comercial establecida anteriormente adoptado por la Comisión.

156 La enmienda 110 al artículo 3, letra e, cambia el concepto de relación comercial para «una relación directa o indirecta de una empresa con un contratista, un subcontratista u otra entidad de su cadena de valor».

Si por un lado la redacción del texto deja clara la extensión de la responsabilidad en los niveles más cercanos a la empresa matriz de la cadena de valor, no queda completamente claro el alcance de la responsabilidad de las empresas por los impactos generados en los eslabones más lejanos de la cadena¹⁵⁷. La Propuesta de Directiva no aclara hasta qué eslabón de la cadena se debe extender el deber de diligencia de la empresa cubierta por el ámbito de aplicación personal. Tampoco semenciona explícitamente que los efectos adversos ocurridos en los estratos más bajos de la cadena estén encuadrados en su ámbito de aplicación. En realidad puede quedar excluida la responsabilidad de la empresa matriz por los impactos que tienen lugar en los niveles inferiores. Esto porque las empresas que actúan en estos eslabones no necesariamente tienen acuerdos comerciales con la empresa matriz de la cadena¹⁵⁸, ni operan necesariamente a su servicio o a su nombre¹⁵⁹, sino que proveen productos o prestan servicios para las empresa intermedias dentro del sistema de cascada productiva. De esta forma, aunque el texto enmendado haya representado un importante avance, estas empresas pueden quedar fuera de lo que sería considerada una «relación comercial» por el texto.

La Propuesta de la Comisión dispone que, en caso de que las iniciativas de prevención de los efectos adversos potenciales y reales no pudieran resultar efectivas, la empresa podrá tratar de celebrar un contrato con un socio con el que tenga una relación indirecta con vistas a lograr, en el caso de prevención de los efectos adversos potenciales, el cumplimiento del código de conducta de la empresa o la ejecución de un plan de acción preventiva¹⁶⁰. Además, en el caso de prevención de los efectos adversos reales, contempla el cumplimiento del código de conducta de la empresa o la ejecución de un plan de acción correctiva¹⁶¹. Pese a tratar de formalizar la relación con las empresas que están en eslabones más lejanos a la empresa principal para ejecutar medidas de prevención, el carácter no obligatorio de la disposición pone en duda su impacto en los efectos que tienen lugar en los eslabones inferiores de la cadena de valor. Sin embargo, las enmiendas del Parlamento no solamente han suprimido estas disposiciones¹⁶², sino también han eliminado la distinción de las medidas que las empresas matrices deben entablar cuando participan de relaciones comerciales directas o indirectas con las otras entidades productivas en su cadena de valor¹⁶³.

157 HOLLY, G.; ANDREASEN LYSGAARD, S., Danish Institute for Human Rights, *Legislating for Impact: Analysis of the Proposed EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, Copenhagen, 2022, pág. 17, Disponible en: <https://www.humanrights.dk/publications/legislating-impact-analysis-proposed-eu-corporate-sustainability-duediligence>.

158 La enmienda 111 al artículo 3, letra e, inciso i no modifica integralmente esta disposición, solamente cambia «empresa proporcione financiación, seguro o reaseguro» para «empresa proporcione servicios financieros».

159 La enmienda 112 al artículo 3, letra e, inciso ii quita la necesidad de que la entidad productiva actúe «por cuenta de la empresa o en nombre de la empresa».

160 Artículo 7, apartado 3.

161 Artículo 8, apartado 4.

162 Enmienda 169 al artículo 7, apartado 3 y enmienda 192 al artículo 8, apartado 4.

163 En el texto original de la Comisión, determinadas medidas de diligencia debida para prevenir los efectos adversos eran más onerosas en relación con entidades que tenían una relación comercial establecida y directa con la empresa matriz. Las enmiendas 161, 164, 185 y 188 igualan estas medidas en todas las relaciones comerciales sin distinción, lo que, en principio, puede ampliar la extensión del deber de diligencia a lo largo de la cadena.

Con esto, el abordaje adoptado por la Propuesta de la Comisión en cuanto al ámbito de aplicación parece que se distancia de la directriz establecida por los PRNU, que no limita el proceso de diligencia debida a un tipo de relación comercial en particular para que no se ignoren los efectos negativos en las partes más remotas de la cadena de valor¹⁶⁴. Asimismo, los informes de los Relatores Especiales ya han puesto de manifiesto que un enfrentamiento holístico a la trata y a las formas de explotación de ella derivadas debe extenderse a los eslabones situados en los contextos productivos más vulnerables y de producción empobrecida, donde se suelen concentrar las principales víctimas de estas formas de vulneración de derechos humanos¹⁶⁵. Por otro lado, el texto enmendado parece haber ampliado la extensión del deber de diligencia a eslabones donde la relación comercial de la empresa matriz con otra entidad productiva sea indirecta y no establecida.

El ámbito de aplicación material: derechos humanos y prohibiciones internacionales en los programas de diligencia debida

El ámbito de aplicación material se refiere a la obligación de diligencia debida en cuanto a los derechos humanos y a las prohibiciones internacionales que las empresas deben tener en cuenta para cumplir los objetivos de la Propuesta. Un aspecto importante del documento es la conceptualización de «efectos adversos para los derechos humanos». El texto inicial establece que este concepto corresponde a las consecuencias negativas para las personas protegidas resultantes de la violación de alguno de los derechos o prohibiciones previstos por la Propuesta¹⁶⁶. Las enmiendas del Parlamento lo aperfecciona, señalando que «efectos adverso para los derechos humanos» se considera las consecuencias negativas de «cualquier acción que suprima o reduzca la capacidad de una persona o de un grupo para disfrutar de los derechos o quedar protegido por las prohibiciones consagrados en los convenios e instrumentos internacionales»¹⁶⁷ dispuestos en la Propuesta.

El texto opta por remitir el contenido de las obligaciones de diligencia debida a un anexo donde se recogen las normas de derecho internacional que establecen prohibiciones y que proclaman derechos fundamentales¹⁶⁸. Para lograrlo, utiliza como recurso la técnica del anexo que es dividido en dos partes (parte I y parte II). En el documento adoptado por la Comisión, la parte I es subdividida en dos secciones, la 1 dispone sobre las violaciones de derechos y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos y la 2 lista los convenios sobre derechos humanos y libertades fundamentales. La parte II, sin subdivisiones, señala las violaciones de los objetivos y las prohibiciones reconocidas internacionalmente en convenios medioambientales. En la Propuesta enmendada por el Parlamento, las principales modificaciones se refieren al formato de redacción del listado de derechos y de prohibiciones, así como a la inclusión de derechos, obligaciones e instrumentos internacionales y europeos anteriormente no previstos por la Propuesta de la Comisión¹⁶⁹.

164 Principios Rectores 11 y 15.

165 GIAMMARINARO, M. G., *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (UN Doc. A/HRC/35/37, de 28 de marzo de 2017), párrs. 46 y 47.

166 Artículo 3, letra c.

167 Enmienda 107 al artículo 3, letra c.

168 COUTINHO DE ABREU, J. M., «Deber de Diligencia y Derechos Fundamentales en los Grupos de Sociedades (sobre la Propuesta de Directiva de 23/2/2022)», en *Revista De Estudios Europeos*, extraordinario monográfico 2, 2023, pág. 147.

169 Por ejemplo, la enmienda 328 cambia el título de la parte I, sección 1, de «Violaciones de derechos

La lista presentada por la Propuesta parece no abarcar la disposición de los PRNU, según el cual las empresas pueden generar impactos sobre todo el espectro de derechos humanos internacionalmente reconocidos¹⁷⁰. Si por un lado el recurso de la Propuesta en acudir al listado puede ser útil para las empresas para direccionar políticas específicas y concretas, por otro, el enfoque selectivo y cerrado del listado puede limitar un abordaje interdependiente, integral e indivisible de los derechos humanos, planteando el riesgo de aplicación selectiva de normas internacionales de derechos humanos. En realidad, la debida diligencia en materia de derechos humanos debe partir de un ejercicio holístico de comprensión de las diferentes formas en que las actividades empresariales repercuten en los derechos de las personas, más que un ejercicio de examen de derechos específicos de forma aislada¹⁷¹. Sin embargo, la configuración adoptada hace que existan carencias relativas a importantes instrumentos supranacionales que amplían los derechos humanos, incluidos importantes documentos que integran el marco jurídico comunitario¹⁷². A pesar de la referencia a importantes tratados internacionales de derechos humanos, se considera que la lista no abarca suficientemente los derechos laborales de los trabajadores más socialmente vulnerables que a menudo son más vulnerable a la trata y a la explotación de personas¹⁷³.

Aunque es bien cierto que la propuesta inicial incluya en su anexo importantes convenios contra la trata de personas y la explotación de seres humanos¹⁷⁴, así como la prohibición de la

y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos» para «Violaciones de derechos y prohibiciones incluidas en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos». Las enmiendas 329 a 354 adecuan la redacción de los apartados en conformidad con el título enmendado y añaden nuevos derechos y referencias a documentos internacionales. Asimismo, la enmienda 365 cambia el título de la parte II del anexo de «violaciones de los objetivos y las prohibiciones reconocidos internacionalmente incluidos en convenios medioambientales» para «objetivos y prohibiciones reconocidos por la Unión e internacionalmente incluidos en convenios medioambientales y sobre el clima y en la legislación de la Unión». Las enmiendas 366 a 381 adaptan la redacción del apartado al título enmendado y añaden nuevas obligaciones.

170 Principio Rector 12.

171 HOLLY, G.; ANDREASEN LYSGAARD, S., Danish Institute for Human Rights, *Legislating for Impact: Analysis of the Proposed EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, Copenhagen, 2022, pág. 14, Disponible en: <https://www.humanrights.dk/publications/legislating-impact-analysis-proposed-eu-corporate-sustainability-duediligence>.

172 No hay mención al Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Carta Social Europea, y mucho menos a la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

173 CAMAS RODA, F., «El trabajo digno y la propuesta de diligencia debida de las empresas impulsada por la Unión Europea bajo la óptica de la igualdad de género y las migraciones», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 3, 2022, págs. 54-58.

174 Entre ellos 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 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

violación de determinados derechos laborales (puntos 15¹⁷⁵, 16¹⁷⁶ y 17¹⁷⁷) y de determinadas prácticas de esclavitud contemporánea (puntos 11¹⁷⁸, 12¹⁷⁹, 13¹⁸⁰) y trata de personas (punto 14¹⁸¹); sin embargo, faltan por ejemplo tratados internacionales que aborden de forma integral y amplia la lucha contra la explotación laboral¹⁸², incluidos aquellos que tratan de hacer frente a las múltiples formas de discriminación a colectivos vulnerables a partir de la protección de los derechos laborales de las personas migrantes, sean en condición regular o irregular¹⁸³, y de los pueblos indígenas¹⁸⁴, de las mujeres en general¹⁸⁵ y de las mujeres rurales¹⁸⁶.

Por otra parte, el anexo enmendado ha contribuido para ampliar no solamente los derechos previstos, sino también ampliar el listado de instrumentos que son importantes en la lucha contra la trata de personas. Por ejemplo, la enmiendas 335¹⁸⁷ y 336¹⁸⁸ amplifican el

-
- 175 Violación del derecho a la libertad de asociación y reunión y de los derechos de sindicación y de negociación colectiva.
- 176 Violación de la prohibición de trato desigual en el empleo.
- 177 Violación de la prohibición de retener un salario digno adecuado.
- 178 Violación de la prohibición del trabajo infantil.
- 179 Violación de la prohibición del trabajo forzoso.
- 180 Violación de la prohibición de todas las formas de esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud, la condición de siervo u otras formas de dominación u opresión en el lugar de trabajo, como la explotación económica o sexual extrema y la humillación.
- 181 Violación de la prohibición de la trata de personas.
- 182 El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155 y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187) en el marco de la OIT.
- 183 La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 en el marco de las Naciones Unidas; Convenio sobre los trabajadores Migrantes, 1939 (núm. 66), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado) de 1949 (núm. 97) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) en el marco de la OIT.
- 184 El Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm. 50), el Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 64), el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107), el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) en el marco de la OIT.
- 185 El Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3), el Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (núm. 41), el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118), el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), y el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) en el marco de la OIT.
- 186 El Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110) en el marco de la OIT.
- 187 Explicita que derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias comprende tanto el derecho a un salario digno para los empleados como el derecho a unos ingresos dignos para los trabajadores por cuenta propia y los pequeños agricultores (punto 7).
- 188 El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia con arreglo al artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (punto 7 bis).

abanico de derechos a ser respetados y las enmiendas 357¹⁸⁹, 360¹⁹⁰, 361¹⁹¹, 363¹⁹² y 364¹⁹³ aportan documentos internacionales y europeos no previstos anteriormente.

Aunque las enmiendas del Parlamento contribuyan para un modelo de Propuesta más protector, el listado de los documentos internacionales y de las prohibiciones todavía parece no estar completamente alineado con las directrices de los instrumentos del Grupo de Trabajo sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas y de las Relatoras Especiales sobre la trata de personas que consideran la importancia de tener en cuenta en los programas de diligencia debida los marcadores de la desigualdad de los colectivos vulnerables, a menudo intersecados, que incrementan el riesgo de victimización por las prácticas de trata y de explotación de seres humanos. El solapamiento entre los marcadores de la desigualdad genera un mayor riesgo a diversas prácticas abusivas y de explotación a lo largo de toda la cadena de valor, por lo que estos colectivos cuentan con mayor riesgo de vulneración de sus derechos humanos en función de la discriminación interseccional¹⁹⁴. Pese a la importancia de incluir con efectividad e integridad el reconocimiento del derecho a la no discriminación, incluida la interseccional¹⁹⁵, la Propuesta no lo hace de forma explícita, lo que puede amenazar el enfoque de la interseccionalidad para identificar, prevenir, remediar y minimizar los efectos adversos potenciales y reales de las empresas en la trata y explotación.

Las medidas de diligencia debida

La Propuesta inicial establece que las empresas incluidas en su ámbito de aplicación deberán implementar un conjunto de medidas de diligencia debida para la identificación, prevención, mitigación, eliminación y minimización de los efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente en las propias operaciones de la empresa, en sus filiales y en las relaciones comerciales que mantienen dentro de sus cadenas de valor. Son previstas, básicamente, siete medidas principales de diligencia debida que las grandes empresas deben implementar: a) integrar la diligencia debida en las políticas de las empresas; b) identificar los efectos adversos reales y potenciales¹⁹⁶; c) prevenir y mitigar los efectos potenciales; d) eliminar o minimizar los efectos adversos reales; e) establecer y mantener un procedimiento de reclamación; e) supervisar la eficacia de las medidas de diligencia debida;

189 La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales.

190 El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n.º 169).

191 Convenio de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (n.º 155).

192 Los instrumentos de Derecho internacional humanitario establecidos en los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales.

193 El Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica.

194 BOURKE MARTIGNONI, J.; UMLAS, E., *Gender-responsive Due diligence for Business Actors: Human Rights-based approaches*, Academy Briefing, The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2018, págs. 14-19.

195 DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, 'Legislating for Impact: Analysis of the Proposed EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive' (March 2022), pág. 14. Disponible en: <https://www.humanrights.dk/publications/legislating-impact-analysis-proposed-eu-corporate-sustainability-duediligence>.

196 La enmienda 149 añade la responsabilidad de también «evaluar» estos efectos.

y f) comunicar públicamente la diligencia debida¹⁹⁷. Queda fuera del listado inicial de los programas de diligencia debida empresarial las medidas de reparación de los efectos adversos para los derechos humanos¹⁹⁸. Asimismo, la Propuesta prescribe algunas medidas de apoyo por parte de la Comisión y de los Estados miembros a los procesos de diligencia debida que deberán ser implementadas por las empresas, entre las cuales se encuentran las orientaciones sobre las cláusulas contractuales modelo, la elaboración de directrices-guías de diligencia debida, y la creación y la gestión de medidas de acompañamiento de los esfuerzos por cumplir las obligaciones¹⁹⁹.

En primer lugar, es importante señalar que el conjunto de medidas derivadas de la Propuesta de Directiva establece obligaciones de medio, y no obligaciones de resultado²⁰⁰. Es decir, la naturaleza de las obligaciones adoptada por la propuesta no demanda la garantía de lograr un resultado específico. Las empresas matrices no son necesariamente responsabilizadas por las vulneraciones de derechos humanos derivadas de sus actividades productivas, de las filiales o de los socios con los cuales tienen una relación comercial establecida. Serían responsabilizadas en el caso de que no garanticen un proceso razonable y adecuado para cumplir con las medidas de diligencia debida previstas por la Propuesta. A los Estados miembros, por su parte, el documento les impone la obligación de velar por que las empresas ejerzan la diligencia debida²⁰¹.

En ese sentido, la Propuesta está alineada con los PRNU, que también prevé la obligación de medio y no de resultado. Sin embargo, en función de la falta de un proyecto que integre tanto obligaciones de medio como de resultado y que asegure la responsabilidad de las empresas multinacionales por las violaciones cometidas, se adopta un mecanismo de menor envergadura y alcance²⁰². Consecuentemente, las empresas matrices podrían evadir su involucramiento efectivo en las violaciones de derechos humanos laborales y no se responsabilizan por un enfrentamiento integral y holístico a la explotación de seres humanos, ya que no pueden ser responsabilizadas caso los procesos de diligencia debida llevados a cabo no resulten efectivamente en la mejoría de las condiciones laborales en los diferentes eslabones de la cadena de valor, siempre y cuando haber cumplido sus obligaciones de medio.

Sin la intención de abordar exhaustivamente todas las medidas de diligencia debida empresarial contempladas en la Propuesta, se destacan algunos aspectos relevantes sobre las aparentes limitaciones del texto para alcanzar los objetivos previstos. El documento inicial, adoptado por la Comisión, presenta debilidades significativas en cuanto a la redacción

197 Artículos 5 a 11 respectivamente.

198 La enmienda 135 al artículo 4, apartado 1, letra c añade una disposición nueva para reparar esta omisión, señalando la acción empresarial de «reparación de los efectos adversos reales, de conformidad con el artículo 8 quater» entre las medidas de diligencia debida. La enmienda 205 añade el artículo 8 quarter y desarrolla las medidas de reparación.

199 Artículos 12 a 14, respectivamente.

200 Para un mejor desarrollo de las diferencias entre obligación de medio y de resultado, véase OSTERLING PARODI, F.; CASTILLO FREYRE, M. «El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil», en *Derecho PUCP*, núm. 53, 2000, págs. 475-512.

201 Artículo 4.

202 GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Diligencia debida en derechos humanos ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales?», en *Revista de derecho social*, núm. 95, 2021, pág. 69.

de las disposiciones relacionadas con los programas de diligencia. No obstante, las enmiendas aprobadas por el Parlamento han contribuido sustancialmente, no solamente eliminando términos que generaban incertidumbre con respecto a la obligatoriedad de las medidas de diligencia, sino también detallando y reforzando las medidas que deben ser implementadas por las empresas.

La Propuesta inicial, al determinar las medidas de diligencia debida que las empresas deben llevar a cabo, utiliza una redacción que puede generar no solamente una incertidumbre²⁰³, sino también producir espacios de discrecionalidad en relación con las conductas empresariales que deben ser implementadas por las empresas²⁰⁴. Esto puede hacer que las empresas busquen evadir sus responsabilidades relativas a la aprobación de políticas holísticas que incluyan medidas de detección y prevención eficaces frente a la trata.

Por ejemplo, en las medidas referentes a la detección de los efectos adversos reales y potenciales²⁰⁵, a la prevención de efectos adversos potenciales²⁰⁶, a la eliminación de efectos adversos reales²⁰⁷, se menciona que las empresas adoptarán «medidas adecuadas» para, respectivamente, detectarlos, prevenirlos y eliminarlos. Por otra parte, el texto enmendado por el Parlamento incluye una definición de este concepto mucho más detallada y descriptiva, incluso señalando lo que se consideraría adecuado en el contexto de cada medida de diligencia prevista por la Propuesta²⁰⁸.

Asimismo, el documento de la Comisión establece que las empresas, «según proceda» tendrán el derecho de utilizar los recursos adecuados con fines de detección de los efectos adversos y «cuando así proceda» las empresas llevarán también a cabo consultas con los grupos potencialmente afectados, como los trabajadores y otras partes interesadas, a fin de recabar información sobre los efectos adversos reales o potenciales²⁰⁹. Esta disposición se distancia de no solamente lo previsto en los PRNU, donde se destaca que las consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas son muy importantes en la identificación y evaluación de las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos²¹⁰, sino también de las directrices de las Relatoras Especiales sobre trata de personas, que vienen señalando la importancia de mecanismos de escucha y cooperación con las personas trabajadoras en la cadena, sobre todo aquellas que integran los grupos vulnerables, especialmente en las entradas y en los canales de reclutamiento de la fuerza de trabajo y durante las actividades laborales. Por otra parte, las enmiendas del Parlamento avanzan en adecuar la Propuesta a estas directrices; no solamente eliminan algu-

203 MÁRQUEZ CARRASCO, C., «Todos los ojos puestos en Bruselas: las claves de la futura directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial», en *Revista Española de Empresa y Derechos Humanos*, núm. 1, 2023, págs. 5-36.

204 HOLLY, G.; ANDREASEN LYSGAARD, S., Danish Institute for Human Rights, *Legislating for Impact: Analysis of the Proposed EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, Copenhagen, 2022, pág. 29, Disponible en: <https://www.humanrights.dk/publications/legislating-impact-analysis-proposed-eu-corporate-sustainability-due-diligence>.

205 Artículo 6, punto 1.

206 Artículo 7, punto 1.

207 Artículo 8, punto 1.

208 Enmienda 39 al considerando 29.

209 Artículo 6, punto 4.

210 Principio Rector 18.

nos términos imprecisos²¹¹, sino también incorporan nuevos actores en los mecanismos de escucha²¹² y tienen en cuenta factores de riesgo de vulneración de derechos humanos²¹³, incluido los interseccionales²¹⁴ para recabar información sobre los efectos adversos reales o potenciales, determinarlos y evaluarlos.

Otro problema de la Propuesta inicial se refiere a la falta de medidas de diligencia debida que busquen contrarrestar la tendencia de las empresas multinacionales a inducir las prácticas de trata y de explotación de seres humanos desde sus prácticas comerciales.

En relación a la prevención de los efectos adversos potenciales y reales, la Propuesta de la Comisión establece que, «cuando corresponda», se exigirá a las empresas que proporcionen apoyo específico y proporcionado a las *pymes* con las que la empresa tenga una relación comercial establecida, si el cumplimiento del código de conducta o del plan de acción preventiva²¹⁵ o correctiva²¹⁶ pudiera comprometer la viabilidad de las pequeñas y medianas empresas. Por otra parte, la forma en la que se ha diseñado el sistema de medidas de las empresas matrices en relación con las *pymes* no incluye iniciativas como la regulación del proceso de compra para bajar los lucros de las empresas y el estímulo integral al trabajo decente²¹⁷, con lo que se abre la posibilidad de que las empresas evadan su propia responsabilidad en los procesos de compra que, al priorizar el lucro, inducen a la trata y a la explotación de seres humanos.

Asimismo, la Propuesta original incluye el uso de cláusulas contractuales en las relaciones comerciales para garantizar el respeto de los derechos humanos a lo largo de la cadena²¹⁸, cuando en realidad podría evitar la excesiva dependencia de garantías contractuales²¹⁹. Aparte de correr el riesgo de diluir las obligaciones de las empresas al limitarlas a un mero ejercicio mecánico de cumplimiento de un listado de obligaciones²²⁰, este diseño normativo puede

211 La enmienda 154 al artículo 6, punto 4 elimina la expresión «cuando así proceda» y incrementa el grado de obligación empresarial en la colaboración con las partes interesadas.

212 La enmienda 121 al artículo 3.1. n añade los sindicatos como una «parte interesada afectada».

213 La enmienda 147 al artículo 5 añade el apartado 2 bis que dispone que las políticas de diligencia debida deben estar de acuerdo con los factores de riesgo específicos.

214 La enmienda 122 al artículo 3, apartado 1, letra n añade la letra n bis para definir «parte interesada vulnerable» y considera que factores interseccionales producen situaciones de marginación y de vulnerabilidad.

215 Artículo 7, punto 2, letra d.

216 Artículo. 8, punto 3, letra e.

217 Por ejemplo, se echa en falta en la propuesta de la Comisión referencias a prácticas de compra e instrumentos de fijación de precio, véase GARCÍA MEDINA, J., «Enfoque basado en derechos humanos como guía de acción en la diligencia debida de las empresas», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico 2, 2023, pág. 226.

218 Art. 7, punto 2, letra b y art. 8, punto 3, letra c.

219 ILO; OCDE; OHCHR, *Joint letter by ILO, OECD, OHCHR regarding the European Commission's proposal for a corporate sustainability due diligence directive*, (2022), pág. 2, Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/ilo-ohchr-oecd-response-to-eu-commission-proposal.pdf>.

220 PIGRAU SOLÉ, A.; IGLESIAS MÁRQUEZ, D., *Consideraciones a la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, Instituto Catalán Internacional para la Paz, 2022, Disponible en: <https://www.icip.cat/wp-content/uploads/2022/07/Document-20-2022.pdf>.

incluso representar una transferencia de la responsabilidad para las pymes al despojarse de las obligaciones, costes y riesgos de su incumplimiento y transferirlos a otras empresas²²¹.

En este contexto, la Propuesta favorece el riesgo de desconsiderar el papel que juega la empresa líder en la generación de la vulneración de derechos laborales en función de sus estrategias de adquisición de productos y de servicios. También puede menospreciar la gran cantidad de medios activos y pasivos que las empresas líderes tienen para influir en los socios directos e indirectos, incluidos los mecanismos de compromiso a largo plazo, precios justos y cooperación empresarial, señalados por los informes del Grupo de Trabajo y de las Relatoras Especiales.

Por otro lado, el texto enmendado por el Parlamento busca adaptar los modelos de negocio y las estrategias, incluidas las prácticas de compra de las empresas matrices, con el objetivo de que contribuyan a unos salarios e ingresos dignos para sus proveedores²²². En contraposición al texto inicial de la Comisión, la Propuesta del Parlamento tiene en consideración que las empresas matrices deben utilizar su poder económico y gubernamental para prevenir y mitigar/eliminar los efectos adversos a partir de cambios en sus políticas comerciales con los proveedores, contratistas y subcontratistas para empujar buenas condiciones de reclutamiento y de trabajo y así ser más ambiciosa en la lucha contra la trata y explotación de seres humanos.

Propuesta de reglamento del parlamento y del Consejo Europeo que prohíbe en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso

La Propuesta de Reglamento que prohíbe en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso fue adoptada por la Comisión en 14 de septiembre de 2022 y está vinculada a la Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad²²³. El texto sigue el procedimiento legislativo ordinario y actualmente se encuentra en estado de negociación²²⁴. La exposición de motivos señala que la Propuesta se

221 BONFANTI, A.; BRINO, V., «La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida reflexiones de Derecho del Trabajo y de Derecho Internacional Privado», en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16, 2022, pág. 12.

222 La enmienda 163 al artículo 7, apartado 2, letra c añade la letra c bis. Con esa nueva disposición, se exigirá a las empresas «adaptar los modelos de negocio y las estrategias, incluidas las prácticas de compra, incluidas las que contribuyen a unos salarios e ingresos dignos para sus proveedores, con el fin de evitar posibles efectos adversos, y desarrollar y utilizar políticas de compra que no fomenten efectos adversos potenciales en los derechos humanos o el medio ambiente». Asimismo, la enmienda 187 al artículo 8, apartado 3, letra d añade la letra d bis y incluye una disposición muy semejante con la anterior: «adaptar los modelos de negocio y las estrategias, en particular las prácticas de compra, incluidas las que contribuyen a unos salarios e ingresos dignos para sus proveedores, con el fin de eliminar o mitigar los efectos adversos reales, y desarrollar y utilizar políticas de compra que no fomenten efectos adversos reales en los derechos humanos o el medio ambiente».

223 COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Prohibición en el mercado de la Unión de los productos realizados con trabajo forzoso»* (EU Doc. C 140/75, de 21 de diciembre de 2022), párr. 1.8.

224 Siguiendo el procedimiento del dialogo informal tripartito, la Propuesta está siendo debatida en el Consejo desde 22 de septiembre de 2022. Asimismo, el Comité Económico Social emitió el dicta-

basa en las obligaciones de información y de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y de transparencia y tiene el objetivo de prohibir eficazmente la introducción y comercialización en el mercado de la UE y la exportación desde la UE de productos realizados con trabajo forzoso, incluido el trabajo infantil. Aparte de estar alineada con la Directiva 2011/36/UE²²⁵ y con la Resolución 2020/2029(INI) del Parlamento Europeo²²⁶, busca complementar la propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre diligencia debida, la cual no exige a los Estados miembros o a las empresas que prohíban la introducción en el mercado o la comercialización de ningún producto. Con esto, la propuesta es una otra importante herramienta para desalentar la demanda de trata de personas en las cadenas de valor.

El Parlamento ha aprobado un conjunto de enmiendas²²⁷ que han promovido importantes aportaciones para detallar, profundizar y perfeccionar el contenido de la Propuesta de la Comisión²²⁸. También han aprimorado y reforzado las medidas que las autoridades competentes y la Comisión deben llevar a cabo para garantizar que las empresas alcancen los objetivos previstos²²⁹. Pese a no haber alterado radicalmente el ámbito de aplicación personal, material y las medidas de diligencia que los operadores económicos deben observar, ha ampliado la lista de convenios que abordan el trabajo forzoso, incluido los servicios prestados con trabajo forzoso en su ámbito de prohibición y añadido el deber de reparación las víctimas del trabajo forzoso por parte de los operadores y proveedores.

El ámbito de aplicación personal

La Propuesta está diseñada para abarcar a cualquier «operador económico» que opere en la Unión Europea²³⁰. Establece que un operador económico es toda persona física o jurídica o toda asociación de personas que introduce o comercializa productos en el mercado de la Unión o que exporta productos²³¹, con lo cual el ámbito de aplicación personal abarca un amplio abanico de entidades productivas, desde agentes económicos individuales desvincu-

men C 140/75 el 25 de enero de 2023.

225 UNIÓN EUROPEA, *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 5 de Abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos ya la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. JAI del Consejo.

226 UNIÓN EUROPEA, *Resolución 2020/2029(INI) del Parlamento Europeo*, de 10 de febrero de 2021, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctima.

227 El Parlamento aprobó el 26 de octubre de 2023 proyecto de resolución legislativa y exposición de motivos, véase: UNIÓN EUROPEA, *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso* (Documento A9-0306/2023), de 26 de octubre del 2023. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0306_ES.html.

228 Por ejemplo, la enmienda 48 al artículo 2, párrafo 1, letra a) detalla mejor el concepto de trabajo forzoso y la enmienda 51 al artículo 2, párrafo 1, letra g) añade la letra g bis) que describe el concepto de cadena de suministro adoptado por la Propuesta.

229 Las enmiendas 54 a 176 alteran los artículos 4 a 31 del texto original referentes a los programas, medidas e iniciativas de las instituciones de los Estados miembros y europeas orientados a garantizar los objetivos de la Propuesta.

230 Artículo 3.

231 Artículo 2, letra h.

lados formalmente de la figura jurídica empresarial hasta empresas con independencia de su tamaño, extensión, volumen de negocio y sector.

Esto quiere decir que no solamente las empresas transnacionales están incluidas en el ámbito de aplicación personal, sino también las pymes. En relación a la inclusión de las medias y pequeñas empresas, sin embargo, la Propuesta considera que ellas pueden tener recursos y capacidades limitados para garantizar que los productos que introducen o comercializan en el mercado de la Unión estén libres de trabajo forzoso, con lo cual se señala que la Comisión trabajará cooperando con estos agentes empresariales publicando directrices en materia de diligencia debida llevando en consideración tamaño y los recursos económicos de los operadores económicos y sobre indicadores de riesgo de trabajo forzoso y sobre la información públicamente disponible con el fin de ayudar a las pymes y también a otros operadores económicos a cumplir los requisitos de la prohibición²³².

Las enmiendas del Parlamento refuerzan esta disposición del texto original, incluido expresamente los distintos proveedores en toda la cadena de suministro como agentes económicos importantes en la lucha contra el trabajo forzoso²³³. Incluso, indica que, desde un enfoque basado en el riesgo, se priorizará la investigación a los proveedores del producto que participen en las fases de la cadena de suministro más cercanas a donde existe probablemente una situación de trabajo forzoso y con la mayor influencia para prevenir, mitigar, reparar o poner fin al uso de esta forma de labor²³⁴. Con esto, el ámbito de aplicación personal está alineado no solamente con los PRNU, sino también con las directrices de los Relatores Especiales sobre trata de personas, que señalan la necesidad de involucrar a todos los agentes económicos en el proceso de reducción de la demanda de explotación de seres humanos desde la proporcionalidad y razonabilidad.

El ámbito de aplicación material: trabajo forzoso e instrumentos internacionales

El ámbito de aplicación material está adscrito a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativos a la lucha contra trabajo forzoso. La propuesta define que el trabajo forzoso está definido de acuerdo con lo establecido en el Convenio n. 29²³⁵ y el trabajo forzoso impuesto por las autoridades estatales de acuerdo con el Convenio n. 105²³⁶. Menciona que la confrontación al trabajo forzoso incluye también la lucha contra el trabajo infantil, pero hay una referencia limitada a los convenios relativos al trabajo infantil que son importantes para un abordaje integral de este fenómeno²³⁷. Sin embargo, las enmiendas del Parlamento, aparte de haber añadido la referencia explícita al Convenio n. 182 de la OIT²³⁸, han contribuido para incrementar la cantidad de instrumentos internacionales que deben ser considerados durante los programas empresariales para alcanzar los objetivos de la Pro-

232 Artículo 23.

233 Enmienda 137 al artículo 23, párrafo 1, letra a.

234 Enmienda 75 al artículo 5, apartado 3, letra a.

235 Art. 2, letra a.

236 Art. 2, letra c.

237 A ejemplo del Convenio sobre la edad mínima, 1973 (n. 138), de la Recomendación n. 146 que lo complementa, del Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil de la OIT, 1999 (n. 182) y de la Recomendación n. 190 que lo complementa, el marco de la OIT.

238 Enmienda 12 al considerando 17.

puesta²³⁹, con lo cual se posibilita un abordaje más complejo y amplio en la lucha contra el trabajo forzoso.

El documento inicial restringe el ámbito de aplicación material a los productos que han contado con trabajo forzoso, incluyendo el trabajo infantil. En lugar que hacer referencia a las distintas formas de explotación de seres humanos expuestas en el Protocolo de Palermo²⁴⁰ para ampliar el ámbito de aplicación material e incluir más productos que cuentan con prácticas que vulneran derechos humanos durante su producción en las cadenas de valor transnacionales, lo restringe a los dos Convenios de la OIT relativos al trabajo forzoso, no alcanzando la integridad de las formas de explotación derivadas de la trata de personas. Este enfoque de la Propuesta de la Comisión no parece ser válido para desalentar y hacer frente no solamente a la trata, que da lugar a múltiples formas de explotación, sino también a aquellas modalidades de explotación que no se restringen al trabajo forzoso, con lo cual una amplia categoría de aprovechamiento económico de personas queda fuera del abanico de productos que deben ser prohibidos en la Unión. El texto enmendado tampoco incluye nuevas formas de explotación en el ámbito de la aplicación material de la Propuesta.

Sin hacer limitación relativa al tipo, sector y etapa productiva, su ámbito inicial de aplicación incluye todos los productos para los cuales se ha utilizado, total o parcialmente, trabajo forzoso en cualquier fase de su extracción, cosecha, producción o fabricación, lo que incluye las operaciones de elaboración o de transformación relacionadas con un producto en cualquier fase de su cadena de suministro²⁴¹. La Propuesta abarca productos de cualquier tipo y sus componentes, independientemente del lugar de su producción, sean nacionales o importados. En consonancia, tiene en cuenta la complejidad de la producción de los bienes en las cadenas de valor transnacionales y se extiende a todos sus eslabones sin distinción y limitación relativa a la etapa o a los componentes.

Sin embargo, el texto original carece de claridad en cuanto a si los bienes comprendidos en su alcance abarcan aquellos productos que, aunque no hayan sido objeto de prácticas de trabajo forzoso durante su fabricación, podrían haber estado almacenados o transportados, total o parcialmente, con la participación de dichas prácticas. Esto se debe a que la Propuesta menciona que el último estadio de producción en el que un producto prohibido podría contar con prácticas de trabajo forzoso es la "fabricación". Esta omisión genera incertidumbre sobre si las etapas relacionadas con el proceso de entrega de dichos productos, una vez fabricados, estarían incluidas en el ámbito de aplicación de la normativa. Con esto, el documento de la

239 La enmienda 7 añade el considerando 6 bis que incluye documentos internacionales antes no referidos en la Propuesta de la Comisión, disponiendo que «el presente Reglamento debe aspirar a alcanzar los objetivos del Convenio n.º 182 de la OIT, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, la Declaración de Pekín, el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio n.º 169 de la OIT, y otros acuerdos y convenios internacionales pertinentes».

240 Art. 3, letra a, del Protocolo prevé que la explotación de seres humanos incluye, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

241 Art. 2, letra g.

Comisión corre el riesgo de ser poco inclusiva, en tanto su diseño normativo abarca explícitamente a las mercancías y a las prácticas relativas a su proceso de fabricación, y no aborda de forma clara los servicios, prestaciones o actividades de víctimas de trabajo forzoso realizados para comercializarlos una vez ya preparados. De esta forma, esta Propuesta puede estar desvinculada a la forma sistemática con la cual el trabajo forzoso suele estar impregnado en la estructura productiva de un productor, fabricante o importador²⁴². Por otro lado, el texto enmendado aparentemente resuelve esta omisión del documento de la Comisión en cuanto al alcance limitado del ámbito material. Se añade que no solamente se prohíbe la comercialización de los productos, sino también de los servicios realizados con trabajo forzoso²⁴³, como el embalaje, el transporte y la distribución de productos²⁴⁴.

Medida de diligencia debida

La Propuesta de la Comisión propone generar el deber de no introducir, de no comercializar y de no exportar los productos realizados con trabajo forzoso²⁴⁵. Si por un lado establece estas obligaciones relativas al sistema de diligencia que los operadores económicos deberán llevar a cabo, por otro no explicita ni detalla las orientaciones en materia de diligencia debida en relación con el trabajo forzoso²⁴⁶ y las informaciones sobre los indicadores de riesgo de esta forma de labor²⁴⁷.

Pese a que la Propuesta original establece que la Comisión publicará este tipo de directriz a más tardar dieciocho meses después de la entrada en vigor del presente Reglamento²⁴⁸, se explicita que las orientaciones sobre diligencia debida tendrán en cuenta la legislación aplicable de la Unión por la que se establecen requisitos en materia de diligencia debida con respecto al trabajo forzoso, las directrices y recomendaciones de organizaciones internacionales, así como el tamaño y los recursos económicos de los operadores económicos. También que la información sobre indicadores de riesgo se basará en información independiente y verificable, por ejemplo, la contemplada en informes de organizaciones internacionales, en particular de la OIT, de la sociedad civil y de organizaciones empresariales, y en la experiencia adquirida a través de la puesta en ejecución de la legislación de la Unión por la que se establecen requisitos en materia de diligencia debida con respecto al trabajo forzoso²⁴⁹.

Sin embargo, en función de la falta de descripción de orientaciones sobre los programas de diligencia debida y de indicadores de riesgo claros y detallados sobre el producto y las condiciones de su producción, persiste una laguna sobre cómo los operadores económicos deberán estructurar, organizar y gestionar su programa de diligencia relativo a la adquisición, comercialización y exportación de productos. Aunque la Propuesta haya buscado anticipar

242 COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Prohibición en el mercado de la Unión de los productos realizados con trabajo forzoso»* (EU Doc. C 140/75, de 21 de diciembre de 2022), párr. 3.3.

243 Enmienda 12 al considerando 17.

244 Exposición de motivos del texto enmendado.

245 Artículo 3.

246 Artículo 23, letra a.

247 Artículo 23, letra b.

248 La enmienda 136 al artículo 23, párrafo 1, altera este plazo para 12 meses antes de la fecha de aplicación del Reglamento.

249 Artículo 23.

que las orientaciones y directrices tendrán en cuenta instrumentos internacionales —entre los cuales se podrán encontrar aquellos que integran el marco de las Naciones Unidas— se echa en falta importantes elementos para un abordaje holístico de la trata de seres humanos y las formas de explotación derivadas de ella, incluido el trabajo forzoso.

El texto enmendado avanza en la lucha contra este tipo de labor al otorgar a los operadores económicos y proveedores el deber de reparación a los trabajadores que intervienen en la producción de productos utilizando trabajo forzoso²⁵⁰, adecuando mejor el contenido de la Propuesta a los convenios fundamentales de la OIT. En este sentido, las informaciones sobre reparación han sido incluidas como una condición para se llevar a cabo investigación a los operadores y proveedores sometidos a evaluación²⁵¹. También, demostrar haber proporcionado reparación a los casos de trabajo forzoso ha sido añadido como una medida para revocar la decisión de prohibir un producto²⁵².

La Propuesta original nada menciona sobre las causas más profundas del trabajo forzoso. No se ha explicitado por ejemplo que los indicadores de riesgo deben tener en cuenta los marcadores de la desigualdad y la perspectiva de los colectivos sociales vulnerables, como los migrantes, las mujeres y las personas que sufren discriminación interseccional que están expuestos a un mayor riesgo, sobre todo en los sectores productivos de riesgo²⁵³. Tampoco se ha explicitado que los indicadores deben tener en cuenta los riesgos de trata de personas sobre todo en los eslabones inferiores de la producción, como vienen resaltado diversos instrumentos que integran el marco de las Naciones Unidas. Sin embargo, el documento enmendado por el Parlamento busca reparar esta debilidad de la Propuesta de la Comisión al señalar el impacto diferenciado del trabajo forzoso en los grupos vulnerables y marginados, incluidos niños, mujeres, migrantes, refugiados o pueblos indígenas, incluyéndose un enfoque interseccional y de género en la evaluación de los riesgos de trabajo forzoso²⁵⁴.

Pese a la política de prohibición de las mercancías y servicios realizados bajo trabajo forzoso objetivar reducir la demanda, su efecto puede verse reverso en los derechos humanos. Conforme a lo señalado por las Relatoras Especiales sobre trata de personas, cualquier programa de lucha contra la trata y a la explotación de seres humanos debe tener en cuenta la perspectiva de los derechos humanos, lo que incluye velar para que las medidas adoptadas no agraven los impactos en los derechos. Partiendo de ello, es importante tener en cuenta las consecuencias negativas imprevistas de las medidas para hacer frente a la demanda de explotación. Aunque la prohibición de los productos y servicios pueda alentar a los operadores económicos a adecuar la producción de los bienes a las normas internacionales de

250 La enmienda 50 al artículo 2, párrafo 1, letra b añade la letra b bis para definir la reparación como «tanto el proceso de reparación a las víctimas del trabajo forzoso por un impacto negativo en los derechos humanos como los resultados sustantivos que pueden contrarrestar o compensar el impacto negativo del trabajo forzoso, como disculpas públicas, restitución, rehabilitación, indemnización, contribución a las investigaciones y cumplimiento de las medidas adoptadas por las autoridades públicas pertinentes, así como la prevención de daños adicionales».

251 Enmienda 61 al artículo 4, apartado 3.

252 Enmienda 93 al artículo 6, apartado 6.

253 COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Prohibición en el mercado de la Unión de los productos realizados con trabajo forzoso»* (EU Doc. C 140/75, de 21 de diciembre de 2022), párrs. 2.10, 3.10 y 3.15.

254 Enmienda 7 al considerando 6 que añade el considerando 6 bis.

protección de los derechos humanos, un sistema de prohibición abrupto y sin un proceso de escalonamiento de la rotura de compra para inducir la prevención, mitigación o eliminación de las prácticas de explotación, puede en realidad agravar todavía más la situación de vulneración de derechos humanos de estas víctimas cuando no hayan medidas de reparación efectivas. Las Propuestas de la Comisión y del Parlamento, en cambio, no han mencionado que la prohibición de las mercancías y servicios debe ser intermediada por la evaluación de los impactos de esta medida en la situación de vulneración de derechos humanos de las víctimas.

V. Conclusiones

La trata de personas viene ocupando una posición central en las redes productivas de las cadenas de valor transnacionales integradas en las actividades de las empresas multinacionales. La utilización de la fuerza de trabajo propiciada desde diversas prácticas de trata de seres humanos ha servido para potenciar la reducción de los costes de producción e incrementar la rentabilidad, no solamente de estas empresas, sino también de otros agentes económicos como proveedores, contratistas y agencias de empleo que se benefician del aprovechamiento de la vulnerabilidad de los seres humanos. Pese a la gravedad de la forma en la que muchas multinacionales vienen estructurando y organizando su régimen de producción desde hace décadas, son relativamente recientes y novedosas las iniciativas internacionales de mayor envergadura que buscan involucrar a las empresas en la creación de estos programas y así contrarrestar los efectos de sus prácticas productivas en los derechos humanos.

Si por un lado las organizaciones internacionales han buscado crear y difundir instrumentos jurídicos y políticos que incrementen la involucración de las empresas en programas de diligencia debida, por otro, los impactos de estas iniciativas todavía no son suficientes para hacer frente al problema. Es verdad que la adopción de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos por parte de las Naciones Unidas fue necesario para cristalizar e incorporar el concepto de diligencia debida en derechos humanos en la comunidad internacional y diversos agentes que integran las Naciones Unidas han logrado utilizar el contenido de los PRNU para elaborar y/o intensificar sus recomendaciones y directrices relativas a la lucha contra trata y explotación de seres humanos, sin embargo, la falta de marcos vinculantes amenaza el alcance y la efectividad de los instrumentos existentes.

Pese a la ausencia de normas de *hard law* en el ámbito de las Naciones Unidas sobre la temática, los instrumentos de *soft law* hasta ahora editados han representado importantes esfuerzos para pavimentar el camino hacia nuevas propuestas normativas. Han servido no solamente para alentar, sino también para fundamentar iniciativas que buscan romper con el paradigma voluntarista y autorregulatorio que actualmente predomina sobre las iniciativas empresariales de garantía de derechos humanos.

En este sentido, la Unión Europea está en la vanguardia en la proposición de instrumentos supranacionales vinculantes sobre diligencia debida en derechos humanos. La Propuesta de Directiva y la Propuesta de Reglamento presentadas en las instituciones legislativas de la Unión Europea muestran un compromiso evidente en implicar a las empresas de manera más profunda en la protección de los derechos humanos. En conjunto destacan por su audacia al buscar identificar, prevenir, reducir y reparar los impactos negativos de las actividades empre-

sariales, tanto fuera del territorio europeo a lo largo de la cadena de valor, como respecto a empresas que operan en la Unión Europea. A pesar de estos méritos, presentan notables deficiencias y lagunas que obstaculizan el logro de los objetivos expresados en la exposición de motivos. Por otra parte, como demostrado en este trabajo, el Parlamento Europeo ha aprobado un conjunto de enmiendas que han perfeccionado y aprimorado el contenido de dichas Propuestas.

En cuanto a la Propuesta de Directiva de la Comisión, la aplicación personal parece ser demasiado restrictiva al pasar por alto ciertas empresas que se benefician directa o indirectamente de la explotación de seres humanos. Además, no reconoce de manera explícita la responsabilidad empresarial a lo largo de toda la cadena de valor. En cuanto a su alcance material, se limita al no considerar ciertas prohibiciones internacionales y derechos humanos que podrían verse amenazados por las actividades empresariales, pero que no están explícitamente cubiertos por la propuesta. Las medidas de diligencia debida parecen ser insuficientes para abordar el problema, especialmente porque algunas permiten conductas discrecionales, excluyen la participación de las empresas en sus procesos de adquisición de productos y uso de servicios, y no tienen en cuenta el enfoque interseccional en la evaluación y medición de riesgos y efectos adversos. Por otra parte, el texto enmendado por el Parlamento ha avanzado en reparar muchas de estas debilidades. Entre los principales méritos de las enmiendas, se puede destacar la reducción de los criterios para la inclusión en el ámbito material y el reforzamiento de las medidas de diligencia que deben ser llevadas a cabo por las empresas.

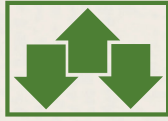
En cuanto a la Propuesta de Reglamento de la Comisión, el ámbito de aplicación personal está alineado con lo que se espera en los programas de diligencia debida. Incluye a todos los operadores económicos que operan en la Unión Europea, sin hacer distinción de sector, de extensión o de tamaño. El ámbito material, sin embargo, cuenta con la debilidad de estar restringido a productos producidos con trabajo forzoso. Los servicios que han contado con alguna de las formas de trabajo forzoso propiciadas por la trata de personas aparentemente quedan de la cobertura de la propuesta. En relación con las medidas de diligencia debida, la propuesta presenta considerables lagunas. Si por un lado establece la obligación de no introducir, no comercializar y no exportar estos productos para desalentar la demanda, por otro, no ha detallado un conjunto de medidas relativas a la información, evaluación y toma de decisiones relativas a los productos. La propuesta señala que esto será promovido posteriormente a la aprobación del Reglamento, pero lo adecuado sería ya estar anexados a la propuesta para un análisis de sus puntos fuertes y débiles. El documento enmendado por el Parlamento ha representado un importante avance en corregir estas debilidades. Aparte de incluir explícitamente la prohibición a productos que han contado con servicios realizados bajo trabajo forzoso, añade el deber de reparación y detalla más las medidas que los operadores económicos deben llevar a cabo.

Aunque el proceso legislativo aún esté en marcha, la participación del Parlamento ha contribuido a mejorar el contenido y aumentar la responsabilidad de los agentes económicos en relación con los derechos humanos. Es crucial que no haya retroceso en las enmiendas propuestas por el Parlamento y que se continúen impulsando mejoras para garantizar un compromiso efectivo de la UE en la lucha contra la trata y la explotación de seres humanos.

Manifiesto de representantes de la academia sobre la directiva europea de la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CCDDD)

Los representantes de la academia que trabajamos para impulsar el control y la transparencia de las cadenas de valor consideramos que la Directiva Europea sobre Diligencia Debida de las Empresas en materia de Sostenibilidad supone una oportunidad única para establecer un marco legal que permita proteger, respetar y reparar los abusos a los derechos humanos y los daños medioambientales cometidos en el contexto de las actividades empresariales. Creemos que la directiva tiene el potencial de influir de manera decisiva en las prácticas de sostenibilidad y de respeto a los derechos humanos por parte de las empresas que operan en Europa, tanto en el territorio de la propia Unión Europea como en otros países.

Accede al manifiesto completo (enlace: <https://redhexata.com/manifiesto/>)



Revista española
DE EMPRESAS Y
DERECHOS HUMANOS

