

Publicado en www.relats.org

DEBIDA DILIGENCIA

Rodrigo Vázquez Silva.

asesor de la CTCH, Central de Trabajadores de Chile

2018

Será recurrente decir que el concepto de debida diligencia es ambiguo, que se puede aplicar con diferentes estándares. Ello vendría a significar que no se puede establecer un concepto único y uniforme. De hecho la misma Corte Interamericana de Justicia ha dicho que es un “concepto flexible”.

Lo que por lo menos queda claro es que este concepto está destinado a “determinar las obligaciones de los Estados en materia de Derechos Humanos, en el derecho internacional.”

Aquí cabe una pregunta, que pudiera parecer un tanto técnica pero no lo es: por el alcance y la relevancia que toma para nuestro tema: el concepto de debida diligencia corresponde al Derecho Internacional Público o al Derecho Internacional Privado?

El Derecho Internacional Privado trata de las relaciones entre personas naturales que ligan algún tipo de conflicto de alcance jurídico y que abarca a dos naturales de diferentes países y/o que tiene que ver con legislaciones de dos o más países, o que viene en auxilio de migrantes o visitantes de un país ante la legislación de otro país de la cual no es natural.

Por ejemplo en Chile, el artículo 14 del Código civil prescribe que “la ley chilena, será aplicable para todos los habitantes de la república...” Es un precepto que tiene que ver más con el ámbito privado de las relaciones jurídicas.

Pues bien, al ser una de las partes de esta dicotomía el Estado, tenemos que concluir que la Diligencia Debida no es un concepto relacionado con el Derecho internacional Privado.

Entonces, es la Debida Diligencia un concepto de Derecho internacional Público? La respuesta debe ser afirmativa, pues tiene que ver estrictamente con el rol del Estado. Al respecto, el Estado de un país podría celebrar actos o relaciones jurídicas privadas? Por cierto que sí, entonces para afinar un poco más nuestra idea, para esto último, debemos asentarnos en el derecho nacional de un Estado.

Para ello, abocarnos a la antigua clasificación entre derecho privado y derecho público de un país, esto es: en el derecho privado se puede hacer todo lo que no esté prohibido por la ley, y en el derecho público se puede hacer sólo lo que está permitido por la ley.

Los derechos humanos son una materia pertinente al derecho constitucional de cada país, en específico al apartado de las garantías

constitucionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos corresponde al ámbito público del derecho internacional.

Podemos afirmar que el concepto de la diligencia debida, corresponde al ámbito público del derecho y por ende pertenece, al Derecho Internacional Público, con total injerencia y responsabilidad de los Estados.

Podemos esbozar un concepto de diligencia debida, basándonos en el trabajo y la definición del Profesor Hugo Barreto del Uruguay:

Es el deber o dimensión de obligar al Estado a adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, en toda su expresión, desde el libre acceso a la justicia, normas de debido proceso, respecto de garantías constitucionales, de cumplimiento de la pena y toda acción destinada a garantizar el respeto pleno de los derechos humanos, dentro de su jurisdicción y competencia como Estado. Además, estas “garantías” están contempladas en la inmensa mayoría de las cartas fundamentales de los Estados.

Por lo tanto, no sería aceptable que un Estado se excusara de este deber, aduciendo que se hizo todo lo posible (es decir, se cumplió con un estándar mínimo de debida diligencia) y que esto se considere suficiente.

La diligencia debida y las empresas

De acuerdo al trabajo del Profesor Barreto, cito las líneas directrices de OCDE para Empresas Multinacionales, respecto al tema: *Recogen la locución “diligencia debida” para referirla al alcance de las obligaciones de las empresas, en tanto se trata de*

"recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales"

Las empresas deberán: Emplear la diligencia debida fundada en los riesgos incorporándola, por ejemplo, a sus sistemas de gestión de riesgos con el fin de identificar, prevenir o atenuar los efectos negativos, reales o potenciales... e informar sobre cómo se reacciona ante dichos efectos negativos. La naturaleza y el alcance de la diligencia debida dependen de las circunstancias en cada situación.

"Emplear la diligencia debida en materia de derechos humanos en función de su tamaño, de la naturaleza y el contexto de sus actividades y de la gravedad de los riesgos de incidencias negativas sobre dichos derechos"

Es así que podemos concluir que se agrega otro elemento más a esta diligencia debida, como es la "representación". Está presente un riesgo, pero hay que prever un escenario en que se considere ese riesgo, y con ello sus efectos y consecuencias. Los Estados y las empresas multinacionales serán "garantes" del cumplimiento, observación y tutela de la debida diligencia, pues el fin último es la protección de los derechos humanos.

En definitiva, más que perseguir una definición cerrada y concisa de la debida diligencia (lo que puede significar un problema mayor y sin salida) se necesita atender más al papel o rol que juegan los entes llamados a su protección (Estados y empresas) y situarlos como: garantes y tutores de la diligencia debida, ya que un ente como garante o en posición de garante,

será siempre responsable por el cumplimiento, respeto, tutela y representación de los riesgos que puedan atentar contra los derechos humanos, serán responsables por acción y omisión.

Conclusiones

1. Para avanzar en la concepción de la debida diligencia, no es lo más correcto el perseguir una definición definitiva, si no situar a Estados y empresas, como garantes.
2. El que sea un concepto de derecho internacional público, viene a significar que su tutela traspasa las fronteras connacionales.
3. Que al ser una vía de protección y tutela de derechos humanos, este debida diligencia le es común y exigible a todos los Estados y a toda la sociedad.
4. En el artículo digo "representación" es que los estados y las empresas deben "representarse" riesgos posibles y no excusarse que no estaban previstos, en su planificación anual se debe prever la ocurrencia de hechos inesperados pero previsibles. Es decir una actitud preventiva, no solo de reacción cuando las cosas ya ocurrieron.
5. La debida diligencia es un concepto internacional que traspasa fronteras, pues se funda en el respeto y garantía de los derechos humanos y la declaración universal de DDHH. Por ende es un concepto transnacional y se debe considerar parte de cada uno de los convenios fundamentales de OIT

