

**RELATS**

**GLOBALIZACION Y EMPRESAS TRANSNACIONALES**

**SOBRE EL CONCEPTO DE “DILIGENCIA DEBIDA”**

**EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS**

**Hugo Barretto Ghione**

**2011**

**Para su uso en actividades sindicales en ALatina**

## **1.El (ambiguo) concepto de “Diligencia debida”**

El concepto de diligencia debida es empleado como estándar para determinar las obligaciones de los Estados en materia de Derechos Humanos. Se trata de un concepto un tanto ambiguo en la doctrina internacional, y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que se trata de una categoría de contenido flexible y - en atención a esa característica - ha fijado niveles diversos de “diligencia” para cada caso que llega a su conocimiento.

En la jurisprudencia y en la doctrina internacional la obligación de los Estados de “debida diligencia” ha sido formulada como:

- a) La obligación de cumplir con un estándar mínimo internacional de diligencia debida que fija la jurisprudencia internacional;
- b) La obligación del Estado de ejercitar el grado de diligencia debida que emplea en sus asuntos internos o frente a sus ciudadanos, según los medios que dispone.

Parece claro que la fórmula señalada en (a) es mas garantista, ya que el estándar de cumplimiento está dado por comportamientos razonables y no por las prácticas nacionales que pueden ser muy restrictivas. Así, se ha sostenido que aunque el Estado no cuente con los medios para asegurar los derechos, si pudo “razonablemente” haberlos obtenido, es igualmente responsable internacionalmente por omisión.

Ante la ausencia de una definición precisa, cobra importancia la determinación concreta de las condiciones o circunstancias que permiten determinar si las medidas adoptadas por los Estados son “diligentes”. Se trata de una cuestión a verificar en cada caso.

En todo caso, para conjurar el riesgo de relativizar el reconocimiento de los derechos de las personas, una condición esencial que debe aparecer es que la “debida diligencia” no debe obrar en desmedro de la obligación de *respetar* los derechos. Asimismo, la debida diligencia debe incluir la dimensión de obligar a adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer *efectivos* los derechos.

Esto porque – como ya se expresó - una consideración demasiado laxa del concepto de “debida diligencia” podría operar contra la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En este punto, es sustancial desglosar esa obligación – entendida como de garantía de los derechos - en los deberes concretos de a) prevenir; b) investigar; c) sancionar y d) reparar las violaciones de los derechos humanos.

Pese a estas consideraciones generales, que pretenden enmarcar a la diligencia debida en la lógica estricta del respeto a los derechos humanos, no deja de ser de todas formas preocupante el empleo del término para referirse al alcance de las obligaciones que se contraen los Estados en la materia, ya que se corre el riesgo que sea utilizada como una excepción del tipo “se cumplió con la debida diligencia pero no fue suficiente...”. Tratándose de derechos humanos, toda vía de excepcionar el cumplimiento debería ser perfectamente reconocida, acotada y restringida.

## **1. La diligencia debida en las Líneas Directrices de OCDE para Empresas Multinacionales.**

### ***2.1 Sistematización del concepto de “diligencia debida” en las Líneas Directrices***

Las Líneas Directrices de OCDE para Empresas Multinacionales 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” (Prólogo, núm. 1; Conceptos y Principios, núm. 1).

En concreto, establecen en su cap. II “Principios Generales” lit. A núm 10:

*las empresas deberán:*

*(...)*

*10. 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 que se describe en los apartados 11 y 12<sup>1</sup> 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.*

En el cap. IV “Derechos Humanos” se reconoce que “Los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos” y que “las empresas deberían”:

*“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” (núm. 5)*

En cuanto a las “incidencias negativas” que pudiera presentar la actividad empresarial, las Directrices establecen el deber de

*“evitar causar incidencias negativas sobre los derechos humanos o contribuir a que se*

---

<sup>1</sup> Dicen los referidos numerales:

“11. Evitar que las actividades propias tengan o contribuyan a crear efectos negativos en los campos contemplados por las Directrices y tomar las medidas que se impongan cuando se produzcan dichos efectos.

12. Esforzarse por impedir o atenuar los efectos negativos cuando no habiendo contribuido a los mismos estén directamente relacionados con sus actividades, productos o servicios en virtud de una relación comercial. Esto no ha de interpretarse como una transferencia de la responsabilidad de la entidad por causa de un efecto negativo sobre la empresa con la que mantiene una relación comercial”

*generen y paliar dichas incidencias si las hubiera” (Cap. IV. núm. 2)*

*En síntesis, las Líneas Directrices establecen:*

- a) Que las EMN deben emplear la debida diligencia en el respeto por los derechos humanos;*
- b) Que esa debida diligencia se descompone en los deberes de identificar, prevenir o atenuar los efectos negativos de su actividad (cap. II, A, núm.10);*
- c) El alcance de la diligencia debida depende de las circunstancias (cap. II, A, 10) entendidas como tamaño, naturaleza y contexto de las actividades y de la gravedad de los riesgos de incidencias negativas (cap. IV, núm. 5);*
- d) En caso de producción de incidencias negativas, las empresas tienen la obligación de “paliar” dichas incidencias (cap. IV, núm. 2);*
- e) Las incidencias negativas están referidas a las actividades propias de las empresas o a las vinculadas a través de una “relación de negocio” cap. II,A, núm. 11 y 12)*

## **1.2 El problema de la efectividad de los derechos**

En los Comentarios a las Líneas Directrices se aclara que

*“En las Directrices se entiende por diligencia debida el proceso que, como parte integrante de sus criterios de decisión, permite a las*

*empresas identificar, prevenir y atenuar las incidencias negativas, reales o potenciales, de sus actividades, así como informar de la manera como abordan este tema (...) las incidencias potenciales deben ser tratadas a través de medidas de prevención o atenuación mientras que las incidencias reales serán tratadas con medios de reparación”<sup>2</sup>.*

Agrega que:

*“La naturaleza y el alcance de la diligencia debida (como las medidas específicas a tomar) apropiada a una situación concreta dependerá de factores como, el tamaño de la empresa, el contexto en el que se desarrollan sus actividades, las recomendaciones específicas de las Directrices y la gravedad de las incidencias negativas”<sup>3</sup>.*

Se dice asimismo que

*“los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos y (...) las empresas, con independencia de su tamaño, sector de actividad, contexto operacional, estructura de propiedad u organización, deben respetar los derechos humanos en cualquier lugar en que ejerzan sus actividades. El respeto de los derechos humanos es la norma mundial de conducta esperada de las empresas, independientemente de la capacidad y/o la voluntad de los Estados de cumplir sus*

---

<sup>2</sup> Num. 14 de los Comentarios a las Líneas Directrices de OCDE para Empresas Multinacionales

<sup>3</sup> Num. 15 de los Comentarios cit.

*obligaciones en la materia y esto, no disminuye estas obligaciones”<sup>4</sup>.*

En este punto debe subrayarse un distinto énfasis entre las Líneas Directrices y sus Comentarios:

Mientras que el núm.5 del cap. IV de las Líneas Directrices sobre derechos humanos se dice que las empresas deben emplear la “debida diligencia” **en función** de su tamaño, etc, en el núm. 37 de los Comentarios se dice que las empresas **con independencia** de su tamaño, etc deben respetar los derechos humanos.

*Armonizando ambos textos, tendríamos que las empresas:*  
*1 con **independencia** de su tamaño deben **respetar** los derechos humanos,*

*2 pero están obligadas a emplear la **debida diligencia para la efectividad de los derechos en función** (o sea, dependiendo) de su tamaño y demás circunstancias (contextos, gravedad de los riesgos de incidencias negativas, etc)*

La incorporación de esos condicionamientos en el cumplimiento de los derechos humanos (tamaño de la empresa, contextos, gravedad, etc) puede comportar una restricción en su efectividad, haciendo depender el ejercicio y efectividad de los derechos de factores económicos como

---

<sup>4</sup> Num. 37 de los Comentarios cit.

el tamaño de la empresa y el contexto (¿cual contexto? ¿ político? ¿ económico?).

## 2. Conclusiones

3.1 El concepto de “diligencia debida” es **poco preciso** en la doctrina internacional;

3.2 Las Líneas Directrices sobre EMN emplean el término para determinar el alcance de las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos, y descomponen su significado en los deberes de “identificar, prevenir, atenuar” y eventualmente “paliar” las incidencias negativas de sus actividades propias y las que pacten a través de relaciones de negocios con terceras empresas.

3.3 El deber de las empresas se materializa en las Lineas Directrices en el “respeto” de los derechos humanos, cuando en relación a los Estados se encuentran alcanzados también por el deber de “garantizar” y “promover”.

Una traslación del deber de respetar del Estado a las empresas, como se hace en las Lineas Directrices, bien pudo comprender también los referidos deberes de garantía y promoción, en tanto los derechos humanos tienen un alcance tanto respecto de los Estados como en la relación entre los sujetos privados.

3.4 La medida del cumplimiento del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas se concreta en la “debida diligencia”.

El comportamiento diligente de las empresas se circunscribe a condiciones y circunstancias tales como el tamaño de la empresa y el contexto, lo cual puede



determinar restricciones en el plano de la efectividad de los derechos.