0. Las presentes observaciones al Anteproyecto de Ley protección de derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales, son fruto del proyecto de investigación Responsabilidad penal de empresas multinacionales por violación a los derechos humanos y al medio ambiente (REPMULT, https://blog.uclm.es/repmult) (DER 2017-85144-C2), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

1. No es preciso subrayar la necesidad de coordinar la futura normativa española sobre diligencia debida con el proyecto de Directiva presentado por la Comisión el pasado 23 de febrero sobre sostenibilidad empresarial y diligencia debida. Compartimos con el Proyecto de la Comisión y también con el presentado por el Parlamento europeo el 10 de Marzo de 2021 (Resolución del Parlamento Europeo de 10 de Marzo de 2021) lo conveniente de que estas medidas no pueden dejarse al albur del cumplimiento voluntario por parte de las empresas. Resulta imprescindible establecer su obligatoriedad, lo que hace necesario que la ley española prevea un sistema de supervisión adecuado, acompañado de una serie de sanciones administrativas, pero también de carácter penal (vid. infra).

Partiendo de los planteamientos del Proyecto de Directiva, las propuestas que a continuación se realizan han de servir para concretar el margen de apreciación que esta deja a los Estados, pero también, y de estimarlo conveniente, para mejorar el texto del actual Proyecto en el proceso de negociación. Se toman también como modelo legislaciones recientes como singularmente la Ley alemana de vigilancia debida en cadenas de suministro de 16 de julio de 2021.

El deber de diligencia de las empresas debe enmarcarse además en el debate más general de su relación con los Derechos humanos. Aunque aún resulta incierto el camino hasta la aprobación del denominado "instrumento vinculante", a efectos prácticos, la regulación de las obligaciones de diligencia debe conducir a efectos similares. Se trata de imponer obligaciones positivas, que van más allá del principio general del *neminem laedere* (respetar), con el fin de mejorar la situación de los derechos humanos en el mundo (proteger) y ocuparse integralmente del daño causado a las víctimas, a través de mecanismos que garanticen su acceso a la justicia (reparar).

2. <u>Necesidad de incluir la corrupción</u> <u>y la buena gobernanza</u>.

Del Proyecto de Directiva resulta especialmente acertado y acorde con la seguridad jurídica, el haber concretado en un Anexo cuáles son las obligaciones de derechos humanos. Fue esta una de las principales críticas que recibió la Ley de vigilancia empresarial francesa. Esta taxatividad resulta de gran importancia a la hora de configurar un régimen sancionador. El Consejo de Estado francés anuló las disposiciones sancionadoras de la Ley francesa, precisamente, porque no se concretaban con exactitud a qué derechos humanos se refería.

El proyecto de Directiva presentado por el Parlamento Europeo, además de los derechos humanos, el medio ambiente y la lucha contra el cambio climático,

incluía también las obligaciones de diligencia debida relacionadas con la buena gobernanza (art. 1.2). Esta inclusión se corresponde también con los Principios de la OCDE para empresas multinacionales.

Incluir la buena gobernanza es fundamental para incluir las medidas de prevención de la corrupción que las empresas deben adoptar en el marco de las obligaciones de diligencia debida. No hace falta insistir aquí en las grandes evidencias empíricas que muestran cómo la corrupción, especialmente la protagonizada por empresas multinacionales, supone un problema de derechos humanos y de calidad democrática.

Por tanto, y con independencia de cuál sea el texto final de la Directiva europea, la normativa española debiera incluirlas.

3. Extensión a todas las sociedades cotizadas.

La normativa sobre diligencia debida establece un umbral muy alto en relación con el volumen de negocio y el número de trabajadores a la hora de determinar el conjunto de empresas obligadas. El Proyecto de Directiva rebaja algo este umbral cuando se trata de empresas que actúan en sectores de alto riesgo (*high impact sectors*), pero lo vuelve a incrementar cuando se trata de empresas de terceros estados. Estos umbrales, según algunas estimaciones, hacen que sólo el 1% de empresas europeas puedan ser obligadas por la directiva.

La posición de España en el proceso de elaboración de la Directiva, y en cualquier caso a la hora de transponer la norma europea, debiera ser más ambiciosa y extender estas obligaciones a todas las sociedades que coticen en el mercado de valores europeo o español, ya sean europeas o de terceros estados. Ello resulta coherente, por ejemplo, con el proceso de reforma de la Directiva 2014/95 sobre información no financiera. Como es conocido, el texto actual de la Directiva incluye sólo a empresas con un volumen de negocio muy elevado. En el proceso de reforma se pretenden incluir a todas las sociedades cotizadas.

El criterio de cotización es el que opera también, por ejemplo, en los Estados Unidos en muchos ámbitos, como el de la corrupción, para extender su normativa a empresas de terceros países. Repárese igualmente en que textos como la *Bribery Act* se aplican a todas las empresas que realicen una parte de negocios en el Reino Unido.

4. Zonas de gobernanza débil.

La Directiva utiliza el concepto de sector de alto riesgo como hemos visto para obligar a determinadas empresas que no llegan a los umbrales generales establecidos. Este término se define en consonancia con las guías de diligencia debida publicadas por la OCDE, que afectan a diversos sectores de producción y servicios (p. 33, considerando 22).

A nuestro juicio, el concepto de zona de alto riesgo debe ser completado con el concepto de zona de gobernanza débil elaborado también por la OCDE (vid.

OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones). Se trata de estados cuyos gobiernos violan de manera sistemática los derechos humanos o son incapaces de hacerlos respetar. Lo que puede comprender tanto dictaduras o zonas del mundo en manos de grupos como el ISIS o guerrillas de todo tipo. La actuación de las empresas en estos mercados, con independencia considerable de su tamaño, debiera estar siempre condicionada a la presentación de un plan de diligencia debida. Ello no sólo mejoraría la situación de los derechos humanos, sino que también evitaría riesgos legales a estas empresas, similares a los que vemos en el caso Lafarge (Francia), Chiquita (USA).

Igualmente, y al menos en relación con estos países y zonas del mundo, debieran incluirse también necesariamente a la industria militar y de productos de doble uso.

En última instancia, a la vista de la legislación sobre diligencia debía, debiera revisarse la legislación relativa a la importación de armas y productos de doble uso o los productos y servicios que pueden ser utilizados para aplicar la pena de muerte o infligir torturas o otros tratos inhumanos o degradantes (Reglamento 1236/2005 de 27 de Junio DO L 200/1). Esta normativa suele controlar la exportación de estos productos a través de un sistema de autorizaciones. La presentación de un plan de diligencia debida con requisitos similares a los que se proponen en el Proyecto de Directiva, por las empresas importadoras debiera ser un elemento esencial con independencia del tamaño de la empresa para la obtención de una autorización.

6. Gobierno corporativo y diligencia debida en derechos humanos.

Un aspecto que nos parece especialmente discutible del proyecto de Directiva es que no se contempla expresamente cuál ha de ser la implicación del consejo de administración. Ello contrasta por ejemplo con la Ley alemana de vigilancia debida, la cual en diversos parágrafos concreta cuál ha de ser la implicación del consejo de administración o de una persona encargada dentro del mismo.

El consejo de administración debe: a) aprobar la política de la empresa de derechos humanos, b) ser informado, al menos anualmente de los riesgos que existentes, c) en caso de haberse constatado violaciones, aprobar los correspondientes planes de contingencia y supervisar directamente su correcta implementación. Esto último es particularmente importante en las que hemos denominado zonas de gobernanza débil. La presencia de empresas en países donde se violan de manera sistemática derechos humanos, por ejemplo, financiando determinados proyectos, debe condicionarse a una implicación directa del órgano de gobierno.

Lógicamente debe resultar posible que el órgano de gobierno nombre un determinado consejero o alto directivo para estar en el día a día de la gestión de este tipo de riesgos o que como ya está haciendo alguna empresa en nuestro país se cree una comisión de sostenibilidad.

7. Mayor concreción de la política de empresa de diligencia debida.

El art. 5 del Proyecto de Directiva se ocupa de establecer los contenidos de la política de diligencia debida. Aunque el texto es encomiable, la ley española debiera esforzarse por concretar aún más las obligaciones y compromisos que cada empresa asume en esta materia. De otro modo, se corre el riesgo de que la política de empresa sea un documento altisonante y programático sin demasiado valor, al que se le dedica escasa atención y que constituye un elemento de cumplimiento normativo cosmético.

Es preciso que la política de empresa tenga carácter anual o bianual, que se refiera a los riesgos concretos que la empresa tiene, aquellos que prioriza, las medidas que va a implementar para hacerlo y la evolución que ha existido con relación a anteriores ejercicios. La Ley alemana en su parágrafo 6 (2) sería nuevamente un ejemplo a seguir.

Resultaría interesante rescatar, tanto en el texto de la Directiva, como en la normativa española, la previsión que se contiene en el art. 4.3 del Proyecto de Directiva que se contiene en la resolución del Parlamento europeo, según el cual, si una empresa tras realizar el análisis de riesgos concluye que su actividad "no causa ni contribuye a causar efectos adversos potenciales o reales… publicará una declaración a tal efecto e incluirá su evaluación de riesgos que contenga los datos, la información y la metodología pertinentes que hayan conducido a esta conclusión". Esta previsión es pertinente cuando, como aquí se ha propuesto, se amplia el número de empresas obligadas y se compagina además con la realidad empresarial de muchas empresas. Por otro lado, deja claro que lo que sí es absolutamente imprescindible, como medida de diligencia debida, es la realización del análisis de riesgos. Por razones que aquí sería largo de explicar esta previsión incrementa también el grado de seguridad jurídica de las empresas frente a posibles reclamaciones de responsabilidades.

8. Trazabilidad de la cadena y deberes de documentación.

Una medida de diligencia debida imprescindible es que las empresas conozcan con detalle las cadenas de diligencia debida de sus productos o servicios más relevantes. Sin este primer paso, no resulta posible hacer por ejemplo un correcto análisis de riesgos. La trazabilidad de la cadena hoy se ve facilitada a través de instrumentos como blockchain y está ya muy extendida en sectores como el alimentario.

Para garantizar la supervisión administrativa de las obligaciones de diligencia debida, es preciso que la norma española concrete los deberes de documentación a que están sujetas las empresas, los documentos que obligatoriamente han de producir y conservar. Estas obligaciones de documentación servirán también para controlar el grado de fiabilidad de la información no financiera que conforme a la Directiva 2014/95 debe publicarse.

9.Canales de denuncia y *complaints procedure*

Deben distinguirse claramente la regulación de los alertadores, en el sentido que este término tiene en la Directiva 2019/1937 y que actualmente se encuentra en proceso de transposición y los procedimientos de queja previstos en el art. 9 del Proyecto de Directiva sobre diligencia debida.

La Directiva sobre alertadores ya prevé en su art. 4 que los empleados de empresas proveedoras pueda utilizar los canales de denuncia de la empresa que adquiere sus productos o servicios. Esta declaración no basta, es claramente insuficiente, si no se establecen previsiones ulteriores. De hecho, como va a mostrarse la Directiva sobre alertadores – y en el fondo la propia figura del alertador - tiene retos muy importantes ante estas situaciones.

En primer lugar, debe dejarse claro que la posibilidad de utilizar el canal de denuncias de la empresa que adquiere productos o servicios se extiende tanto a los proveedores directos, como a los indirectos. Lo importante en este sentido es que exista una relación comercial estable entre el proveedor y la empresa y capacidad de influencia.

En segundo lugar, determinado el número de potenciales alertadores dentro de la cadena de suministro, debe garantizarse que los empleados de los proveedores estables y los de las empresas que a su vez les prestan bienes y servicios, conozcan la existencia del canal de denuncias de la empresa y como utilizarlo. Para ello será necesario asegurarse a través de medidas de formación adecuada.

Finalmente, y, en tercer lugar, la empresa debe ser capaz de prestar protección a los alertadores tanto de sus proveedores directos, como indirectos (siempre como he indicado con el límite de que sean realizaciones comerciales estables y exista capacidad de influencia). Como podrá apreciarse, este extremo es complicado. Debe subrayarse además que en muchas partes del mundo las represalias contra alertadores pueden ir más allá de lo estrictamente laboral. La conclusión sería, por tanto, que, si no existe certeza en la capacidad para proteger a posibles alertadores, no debiera privilegiarse la vía de los canales de denuncia.

Por esta razón, es particularmente importante contar con otro tipo de mecanismos, para recibir noticias de posibles violaciones de derechos humanos. Son los denominados procedimientos de queja a los que se refiere el art. 9 de la Directiva. En este sentido el problema principal es proteger a estas personas frente a posibles represalias. En los casos de los alertadores, las represalias suelen ser de tipo laboral y provenir de la propia empresa, en el caso de "alertadores de la sociedad civil" la realidad nos muestra como las represalias son muchos más drásticas y letales. Además, sus denuncias no siempre se producen en los canales de que disponen las empresas, sino que se realizan ante medios de comunicación.

En esta situación resulta encomiable que las empresas creen vías seguras y efectivas para que puedan denunciarse las violaciones, que ellas mismas o sus

proveedores puedan estar cometiendo. Ahora bien, dados los considerables riesgos que corren estas personas, en la regulación de los canales de quejas debe incluir la necesidad de que las empresas dispongan necesariamente de medidas de protección adecuadas y proporcionadas al riesgo que cada alertador de la sociedad civil corre. En este sentido, sería necesario, por ejemplo, realizar un análisis individualizado del riesgo, para proponer un plan de protección.

Una cuestión distinta, y que también debiera plantearse, pero que en este lugar va a dejarse abierta, es la posición de las empresas en relación con sindicalistas, periodistas o miembros de la sociedad civil que, a través de medios de comunicación o redes sociales, denuncian violaciones de derechos humanos relacionadas con estas empresas. A nuestro juicio, el riesgo para la libertad de expresión y libertad de prensa que las posibles y terribles represalias contra estas personas implican debe ser parte del análisis de riesgos en derechos humanos y establecerse los necesarios planes de contingencia. No estaría de más que la normativa española, al transponer las *complaints procedure* recordara esta obligación.

10. Autoridad administrativa y cumplimiento cooperativo.

La supervisión de las obligaciones de diligencia debida son un aspecto esencial a la hora de alcanzar el fin último de este tipo de normas: el paso de normas voluntarias basadas en la autorregulación (Responsabilidad Social Corporativa) a obligaciones legales de autorregulación o, en los términos que se utilizan hoy en el derecho administrativo, autorregulación regulada.

Además de cuestiones básicas, como la capacidad de dotar de medios y poderes necesarios a la autoridad administrativa encargada de realizar la supervisión, nos gustaría insistir en el tipo o modo de supervisión. En tiempos recientes, y también a instancias de la OCDE, el término cumplimiento cooperativo va ganando terreno. En la actualidad, este estilo de supervisión es el que acoge por ejemplo la agencia tributaria en relación, precisamente, a las grandes empresas. Se trata de un tipo de supervisión presidido por la confianza y el trabajo en común entre la agencia y los sujetos supervisados. En este clima de confianza y diálogo entre ambos deben buscar las soluciones adecuadas y ser conscientes plenamente de los problemas que puede llevar el cumplimiento de las obligaciones. A nadie se le oculta, que incluso para grandes empresas, cumplir con las obligaciones de diligencia debida resulta enormemente complejo y que además las decisiones y las medidas que han de adoptarse conllevan un alto grado de discrecionalidad. Un estilo dialogante de supervisión exige que el órgano supervisor tenga pronto acceso a los planes de diligencia debida y que esté dispuesta a dar pautas de cumplimiento.

En este modelo de supervisión las sanciones deben reservarse para los casos en que las empresas demuestren una voluntad manifiesta y reiterada de no cumplimiento. Ahora bien, y como después veremos para ello deben ser suficientemente disuasivas lo que implica el recurso al derecho penal.

11. Acceso a la justicia y reparación.

Las obligaciones de diligencia debida al final no sirven de nada si no contemplan medidas eficaces de reparación y acceso a la justicia. Conviene separar estos dos objetivos.

Las medidas de diligencia debida deben contemplar ya la reparación voluntaria por parte de la empresa como uno de sus objetivos. Constatada una violación de derechos humanos el principal objetivo de la empresa debe consistir en su reparación de las víctimas. En este punto, sería conveniente que la reparación se incluyera expresamente entre las obligaciones de diligencia debida, especialmente en las medidas de reacción ante impactos lesivos a los que se refiere el artículo 8 de la Directiva. Tal como ponen de manifiesto los documentos de Naciones Unidas sobre medidas de reparación en caso de abusos a derechos humanos, estas medidas de reparación no deben quedarse en un resarcimiento material del daño, sino que deben tener carácter más holístico. Sería por ello conveniente que se indicara expresamente que la reparación empresarial del daño debe inspirarse en prácticas de justicia restaurativa.

Cuestión distinta a la reparación/restauración del daño es conseguir que las víctimas tengan acceso a la justicia. Para ello siempre es más fácil si se privilegia el lugar donde las violaciones han acaecido. Esto no siempre es posible, en muchos de estos estados los sistemas judiciales son muy débiles, por lo que debe permitirse, realizando las modificaciones legales oportunas, que las víctimas de violaciones protagonizadas por empresas españolas puedan acudir a los tribunales españoles.

Ahora bien, aunque establecer varios foros es importante, ello no soluciona el acceso a la justicia de víctimas que normalmente suelen ser especialmente débiles y desvalidas. En orden a hacer efectivo su derecho fundamental de acceso a la justicia debe reflexionarse sobre tres vías. La primera es la que plantea el Proyecto de Directiva y que debe ser plenamente acogida por una ley española y es que la entidad supervisora tenga capacidad procesal para representar los intereses de las víctimas. Podría pensarse también en la creación de unidades especiales dentro de la Fiscalía, no solo para los casos penales, sino también para el ejercicio de las responsabilidades civiles.

La segunda es que las empresas en sus medidas de diligencia debida prevean la posibilidad de ayudar a las víctimas a ejercer este derecho, que por lo demás es un derecho fundamental recogido en todas las convenciones internacionales. La empresa debe ser consciente, incluso en su análisis de riesgos, que determinados comportamientos procesales suyos, en una situación de absoluta asimetría de poder, ponen en riesgo este derecho humano de las víctimas. Esto quiere decir, que el acceso a la justicia de las víctimas debe ser contemplado como un riesgo más en los planes de diligencia debida. Las medidas preventivas y de mitigación que la empresa debe adoptar pueden ser varias. Por un lado, una política de estrategia procesal en caso de violaciones a derechos humanos que mitigue estos

riesgos, evitando por ejemplo determinadas estrategias procesales. Por otro lado, constituyendo por ejemplo un *Ombudsman* que ayude a sus propias víctimas a ejercitar sus derechos procesales. Finalmente, y en tercer lugar, debe también coordinarse la normativa de apoyo a las víctimas con la normativa procesal de apoyo a las víctimas contenida en la Ley 4/2015 donde se contiene el estatuto de la víctima de delitos. Desgraciadamente tanto la Directiva europea, como la norma española de transposición que acaban de citarse han invisibilizado a las víctimas de derechos humanos de grandes corporaciones o, en otros términos, de violencia corporativa.

12. Sanciones administrativas y penales:

Tal como exige la Directiva europea deben establecerse sanciones proporcionadas, eficaces y disuasivas y además en su imposición debe tenerse en cuanta los esfuerzos que ha hecho la empresa y estar calculadas conforme a su volumen de negocio, contemplándose además la publicación de la infracción (art. 20). Pese a estas afirmaciones, se trata de uno de los aspectos en los que la directiva dejará un mayor margen de apreciación a los estados miembros, por lo que necesariamente es preciso en este punto una reflexión de política criminal interna.

El primer punto a abordar es el terreno que compete al derecho penal y al derecho sancionador administrativo. Claramente, los poderes de supervisión de la autoridad administrativa de derechos humanos deben acompañarse de sanciones administrativas, con el fin de sancionar incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida que expresamente se establezcan en la normativa española.

En el otro extremo, consideramos que existe un comportamiento que mereciera ser sancionado penalmente. Aquel en el que la empresa tiene noticia de que existen en sus filiales o cadena de suministro infracciones graves de derechos humanos y no adopta ningún tipo de medida, conforme al art. 8 de la Directiva, para mitigar o poner fin a estos impactos adversos. Desde un punto de vista jurídico penal, podría discutirse en qué medida tolerar una situación de violación de derecho humanos, en caso de que el comportamiento encaje en algún tipo penal, podría ser considerado una participación en el delito en comisión por omisión en el delito en cuestión. Aunque teóricamente, esto es posible, en la práctica existen dificultades probatorias y técnico jurídicas que hacen muy difícil la utilización de las figuras clásicas del derecho penal.

En una zona intermedia, entre el derecho penal y las infracciones administrativas más graves, quedaría la infracción de no haber adoptado medidas preventivas conforme al artículo 7 de la Directiva, cuando resultaba altamente previsible la posibilidad de violación de derechos humanos. Este comportamiento podría ser sancionado administrativamente, en primer término, y pasar a constituir un comportamiento delictivo cuando la empresa incumpliera de manera reiterada las indicaciones realizadas por el órgano supervisor. No obstante, de contar con un

tipo penal, que castigara la no adopción de un plan de remediación, en caso de que el riesgo se realizará, se contaría con una respuesta penal lo suficientemente eficaz.

Adán Nieto Martín. Catedrático de Derecho penal. Instituto de Derecho penal europeo e internacional UCLM.
Jacobo Dopico Gómez Aller. Catedrático de Derecho penal. UC3
Marta Muñoz de Morales. Profesora Titular de Universidad. Instituto de Derecho penal europeo e internacional. UCLM.