

Iniciativas Legislativas y Leyes de debida diligencia empresarial en Derechos Humanos: visiones del Sur y experiencias del Norte

Adoración Guamán¹

Julián Tole Martínez²

Resumen

Históricamente la regulación de los derechos humanos y de las actividades empresariales han pertenecido a familias jurídicas diferentes, con una finalidad (el ánimo de lucro/la dignidad humana) y un objeto de protección (las empresas/los individuos-grupos sociales) que responden a principios y a lógicas que se contraponen, e incluso, generan antinomias o conflictos de aplicación de obligaciones. Precisamente, uno de los desafíos de las iniciativas legislativas y de las leyes de debida diligencia se encuentra en armonizar o, al menos, facilitar la coherencia entre estos regímenes jurídicos, pero, para lograr este propósito estos marco normativos nacionales deben tener en cuenta los contextos donde operan las empresas, en particular, la transnacionales. En otras palabras, las experiencias legislativas del Norte no son suficientes para responder a los problemas de violaciones de derechos humanos de las empresas que operan en el Sur, por el contrario, se requieren leyes que centren su atención en las garantías de protección de las “víctimas”, medidas de reparación integral, en responsabilidad a las empresas, etc. El camino iniciado, desde el 2017, en Europa devela muchos vacíos jurídicos y poco compromiso por la perspectiva de derechos humanos, por ello, las discusiones de las iniciativas latinoamericanas deberán re-pensar la debida diligencia desde el Sur, como una visión que no responda a los tradicionales paradigmas eurocéntricos.

Palabras clave: Debida diligencia empresarial, Derechos humanos, marcos nacionales regulatorios

Abstract

Historically, the regulation of human rights and business activities have belonged to different legal families, with a purpose (profit/human dignity) and a protection target (companies/individuals-social groups) that respond to principles and dynamics that might be not only opposed, but also generate legal contradictions or conflicts during the application of obligations. Indeed, one of the challenges of legislative initiatives and due diligence laws is to harmonize or, at least, facilitate coherence between these legal regimes.

- 1 Profesora titular de derecho del trabajo en la Universidad de València. Ph.D. en Derecho por la Universidad de Paris X-Nanterre y Ph.D. en Derecho por la Universidad de Valencia. Directora del Grupo de investigación sobre poder constituyente y nuevo constitucionalismo de la Universidad de València. Coordinadora del Grupo de Trabajo CLACSO “Lex Mercatoria, democracia y derechos humanos”. Correo: adoracion.guaman@uv.es
- 2 Director del Observatorio Latinoamericano de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad Externado de Colombia, Docente-investigador de la misma Universidad, Ph.D. y máster en Derecho y relaciones internacionales económicas de la Universidad de Barcelona (España). Correo jose.tole@uexternado.edu.co

To achieve this goal though, these national regulatory frameworks must consider the contexts where companies operate, particularly transnational ones. In other words, the legislative experiences within the North are not sufficient to attend the problems related to human rights violations of the companies that operate in the South. Thus, there is a need for laws that focus their attention on the guarantees of protection of the “victims”, comprehensive reparation measures, corporate responsibility, etc. The path started in Europe back in 2017 shows many legal gaps and little commitment towards the human rights realm. Therefore, the Latin American initiatives should rethink due diligence from the South instead, as a vision that does not respond to the traditional Eurocentric paradigms.

Keywords: Business due diligence, human rights, national regulatory frameworks

Introducción

En su texto “Responsibility and Global Labour Justice” (2004), Iris Marion Young relató cómo el movimiento “anti-sweatshops” consiguió movilizar a mediados de los años noventa en Estados Unidos y en Europa a miles de activistas con campañas dirigidas a personas consumidoras e instituciones. Su objetivo era denunciar las violaciones de derechos laborales en las cadenas de valor globales de las grandes empresas transnacionales (en adelante ETN) de la industria del textil y presionar a las empresas matrices para que actuaran impidiendo estas situaciones. Aquellas movilizaciones fueron un punto importante en el largo camino hacia la construcción de un esquema de responsabilidad empresarial global, comenzado mucho antes y aún hoy inacabado. De hecho, desde los años setenta, marcados por el impulso del debate sobre la necesidad de controlar el poder de las empresas multinacionales en el ámbito de Naciones Unidas,³ las diferentes luchas y movimientos sociales han ido denunciando las violaciones de derechos humanos y los daños ambientales exigiendo e impulsando lentos cambios normativos, tanto en el plano internacional como en el nacional.

El largo camino hacia la consecución de normas que, ya sea en el ámbito internacional, regional o nacional consiga establecer algún tipo de responsabilidad de las ETN por las violaciones de derechos humanos y daños ambientales cometidos a lo largo de los eslabones de sus cadenas globales de valor,⁴ sigue inconcluso.

El impulso de la denuncia de los movimientos sociales y militantes contra los abusos de las ETN en el Sur Global fue sin duda decisivo en el histórico paso que la República del Ecuador protagonizó al impulsar la Resolución 26/9, titulada “Elaboración de un

3 Diversos países promovieron ya en los años setenta y en diversos foros internacionales (fundamentalmente en Naciones Unidas) propuestas orientadas a atribuir obligaciones jurídicas internacionales a las empresas respecto a los derechos humanos. Sobre la cuestión, en extenso, vid: Hernández Zubizarreta, 2009.

4 No puede relatarse aquí la extensa literatura sobre la cuestión, se remite a la bibliografía que ambos autores han recogido en sus monografías más recientes: Guamán, 2021; Tole Martínez, 2019, 2020, 2021 y 2022.

instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” que fue aprobada en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 26 de junio de 2014, encomendando la tarea de elaboración del instrumento a un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta (*Open-ended Intergovernmental Working Group*, OEIGWG), cuyos trabajos siguen en curso (Guamán y González, 2018). Más allá de esta vía, que sin duda debe continuar, se ha abierto otro camino protagonizado por la “diligencia debida empresarial en derechos humanos” que gana centralidad tanto en el debate doctrinal como en las dinámicas normativas de manera acelerada.

La diligencia debida es un concepto ajeno en su origen al ámbito de los derechos humanos. A modo de sucinto recorrido histórico, cabe recordar que la debida diligencia como práctica empresarial nació orientada de manera restringida a la evaluación de riesgos empresariales en el ámbito de las transacciones financieras y comerciales (Martin-Ortega, 2014, McCorquodale, 2009). El concepto se originó en el derecho estadounidense, tras la gran depresión y como elemento propio del derecho de los mercados financieros, extendiéndose posteriormente al conjunto del derecho de la empresa, en particular al derecho del mercado de valores, orientándose a dotar a las corporaciones de las herramientas y procesos necesarios para evaluar los riesgos en operaciones financieras y para el diseño de su estrategia empresarial, con el objetivo evidente de aumentar los beneficios corporativos. El concepto de diligencia debida puede encontrarse también en el terreno del derecho de inversiones en diversos aspectos de la protección del inversor extranjero. En concreto, determinados aspectos de las obligaciones estatales respecto de esta protección como el término “full protection and security” incluye la obligación del Estado de actuar con diligencia debida (Brabandere, 2015). Además, y como es bien sabido, la diligencia debida se ha enraizado en el marco del derecho internacional público (Barnidge, 2006; Koivurova, 2010).

Como señala Martín Ortega (2014), el primer documento donde se integró la diligencia debida en el ámbito que nos ocupa fueron las Normas sobre responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos de la extinta Subcomisión de Promoción y Protección de los derechos humanos de Naciones Unidas⁵ ya utilizaron el término, que se integró en el documento explicativo del texto.⁶

Posteriormente, el Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre el tema de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, J. Ruggie, convirtió la debida diligencia en el elemento central de su

5 Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, documento de Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003.

6 Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2.

conjunto de textos elaborados en 2008 y 2009 y sintetizados posteriormente en los PRNU de 2011 (Tole Martínez, 2022). En concreto, la diligencia debida en materia de derechos humanos es un elemento del segundo pilar de los PRNU. De hecho, el propio Ruggie (Ruggie y Sherman, 2017) señaló con vehemencia que este instrumento no es más que un elemento, a la par que otros, de los PRNU. Ergo, la centralidad de la DDDH es en realidad un producto reciente derivado, muy posiblemente, de la imposibilidad o incapacidad de adoptar otros instrumentos de carácter internacional y con obligaciones directas a las empresas.

Este marco de Naciones Unidas ha irradiado el conjunto de guías y normas elaboradas con posterioridad, convirtiéndose en la referencia básica para la construcción de la diligencia debida en derechos humanos tanto a nivel supranacional, fundamentalmente en el ámbito de la OCDE y de la Unión Europea, como en el ámbito estatal. En el marco de la OCDE, el documento principal son las Líneas Directrices sobre Empresas Multinacionales, que forman parte de la Declaración sobre la Inversión Internacional y las Empresas Multinacionales, adoptada por los países Miembros de la OCDE el 21 de junio de 1976.⁷ Las Líneas Directrices incorporan la diligencia como un enfoque basado en riesgos, que abarcan una serie de cuestiones como son la divulgación de información, los derechos humanos, el empleo y las relaciones laborales, el medio ambiente, la lucha contra la corrupción, la solicitud de sobornos y la extorsión, y los intereses del consumidor.

A la luz de los textos anteriores, y como señala el amplio estudio de Smit *et al.* (2020) es evidente que el concepto de diligencia debida en la materia que nos ocupa se refiere tanto a un proceso como a un estándar de cuidado. Aun cuando en el origen del diseño del mecanismo no se hacía referencia al medio ambiente, su paulatino desarrollo ha incorporado de manera clara esta cuestión, de manera mucho más acusada en las regulaciones de carácter obligatorio.

La transición de la diligencia debida del *soft law* al *hard law* se está produciendo

7 Su versión actual fue adoptada el 25 de mayo de 2011 en la Reunión Ministerial conmemorativa del 50 Aniversario de la OCDE. Posteriormente se han adoptado diversas guías orientadas a materias concretas: Guía de Devida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo, 2011 (fue complementada por el documento “Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains, 2017); Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado, 2017; Guía OCDE-FAO para la cadena de suministro responsable para el sector agrícola, 2016; Guía de Diligencia Debida para la Participación Significativa de las Partes Interesadas del Sector Extractivo 2017; Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector 2017. El 31 de mayo de 2018 la OCDE publicó la Guía de diligencia debida para una conducta empresarial responsable, siempre basada en las Líneas Directrices. Esta guía se dedica a explicar el proceso de desarrollo de los mecanismos de diligencia debida, cubre cinco de los nueve temas incluidos en las Líneas Directrices de 2011 (derechos humanos, empleo y relaciones laborales, medio ambiente, corrupción, protección de los consumidores y transparencia) y está dirigida a las personas que ponen en práctica los mecanismos de diligencia en las empresas así como a los mecanismos que deben promover y vigilar el cumplimiento de las Líneas directrices. Estos mecanismos son otros que los llamados Puntos Nacionales de Contacto (PNC), constituidos por cada uno de los gobiernos de los países adherentes.

en un doble plano. Por un lado, en el ámbito regional, la Unión Europea ha comenzado el proceso para la aprobación de una Directiva sobre Diligencia Debida, y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) con el Informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de 2020, ha identificado las obligaciones de los Estados y sistematiza diversos pronunciamientos que se han dado dentro del sistema interamericano en relación con el tema;⁸ por otro lado, diversos países han aprobado o están elaborando normas de diligencia debida con contenidos diversos, lo cual indica la incipiente delimitación del concepto y su carácter maleable.

Esta característica dificulta el abordar un intento de definición del concepto “diligencia debida” que acoja todas las propuestas hoy en día existentes. A efectos analíticos es útil acoger la definición básica de DDDH elaborada por la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2020) y basada en los PRNU, que delimita la DDDH obligatoria como el proceso que todas las empresas deben emprender para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo abordan los impactos potenciales y reales sobre los derechos humanos que causan o a los que contribuyen a través de sus propias actividades o aquellas que están directamente vinculados a sus operaciones productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales. Al añadirle la obligatoriedad, la Oficina considera que nos referimos al uso de la ley para obligar a las empresas a adoptar el proceso señalado.

Los cuatro componentes básicos, presentes con distinto alcance en las distintas normas de DDDH, son (Smith *et al.*, 2020): la identificación y evaluación de los impactos actuales y potenciales a los derechos humanos; la integración y actuación (el establecimiento de mecanismos de prevención, actuación, mitigación o cesación) según los hallazgos; el seguimiento de la eficacia de las actuaciones y la comunicación de cómo los impactos están siendo direccionados. Además, y como veremos en los próximos epígrafes, otros elementos se han convertido en cuestiones fundamentales en los distintos procesos legislativos, como son: el ámbito de aplicación, la responsabilidad civil, la reparación, la participación de las partes interesadas, la perspectiva de género, la especial protección de grupos en situación de vulnerabilidad, la protección específica de los derechos colectivos, y la narrativa o el lenguaje de las iniciativas o marcos regulatorios.

A lo largo de las siguientes páginas, se propone abordar desde un análisis descriptivo/comparativo las diversas leyes aprobadas o los proyectos de normativas en curso de aprobación en el ámbito europeo y latinoamericano.

8 Para consultar el texto del Informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, ver: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>

Las experiencias normativas en el ámbito de la Unión Europea: de las leyes estatales al borrador de Directiva de la Comisión Europea

En el ámbito de la Unión Europea, la segunda década de este siglo ha venido sin duda marcada por la eclosión de la Diligencia Debida en Derechos Humanos como instrumento que ha saltado del *Soft Law* al derecho estatal, superando el marco de los Principios Rectores de Naciones Unidas y situándose como una vía óptima, que no única, para promover el respeto de los derechos humanos en las actividades empresariales de escala global (Sanguineti y Vivero, 2021).

Por un lado, como ya señalamos en la introducción, en el ámbito de la Unión Europea y desde el año 2010, se han adoptado diversas normas que han incluido mecanismos de este tipo con carácter sectorial. En la actualidad, se está discutiendo un borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad⁹ cuyo borrador fue presentado por la Comisión el 23 de febrero de 2022 bajo el título de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (Guamán, 2022b). El contenido de este borrador ha sido ampliamente criticado, tanto por los sindicatos y movimientos sociales como por la patronal, desde ópticas diametralmente opuestas y su aprobación, en el mejor de los casos, no se prevé antes del año 2024.

Por otro lado, en el ámbito estatal, la diligencia debida se ha situado como mecanismo central para abordar el problema de las cadenas globales de valor. La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y las empresas contratistas,¹⁰ adoptada el 27 de marzo del año 2017, fue la norma pionera a nivel mundial en la regulación de la diligencia debida de manera obligatoria. A continuación, llegó la ley de 2019 aprobada en Holanda que introduce el deber diligencia para prevenir el comercio de bienes y servicios producidos mediante trabajo infantil¹¹ o la ley alemana sobre la debida diligencia corporativa en las cadenas de suministro¹² aprobada en julio de 2021 (Guamán, 2022a). Además, en junio de 2022, los gobiernos de Austria, Bélgica, Finlandia, señalaron su intención de aprobar una legislación integral de diligencia debida, mientras que una nueva norma holandesa con carácter general está en una fase avanzada. Luxemburgo y Suecia también están considerando la posibilidad de dicha legislación. En el ámbito español, el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado 2022 incluyó la elaboración de la Ley

9 El Parlamento Europeo aprobó en marzo de 2021 un documento con recomendaciones a la Comisión: vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)).

10 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

11 Ley de 24 de octubre de 2019 por la que se introduce un deber de diligencia para prevenir el suministro de bienes y servicios que se han creado con la ayuda del trabajo infantil (Ley del deber de diligencia del trabajo infantil) (Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid).

12 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG), BGBl. I, 2959 ff.

de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales.¹³

En los siguientes epígrafes se aborda un análisis transversal de los contenidos de las dos normas de carácter general ya aprobadas (la francesa y la alemana)¹⁴ así como del borrador de Directiva. Este análisis se divide en los siguientes apartados: bienes jurídicos protegidos; ámbito de aplicación; extensión y contenido de las obligaciones de diligencia debida; participación de los agentes sociales; control de la aplicación de la norma y responsabilidad por el incumplimiento.

Los bienes jurídicos protegidos bajo las obligaciones de diligencia

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos, Krajewski y Faracik (2020) apuntan la existencia de tres modelos: los que circunscriben la protección a un derecho o derechos en concreto, como la ley holandesa y las relativas a la esclavitud moderna; las que se refieren de modo genérico a los “derechos humanos” como la francesa, y las que enumeran los concretos tratados de derechos humanos para acotar la referencia. La tendencia apunta hacia una paulatina ampliación, superando los inicios ceñidos a la cuestión de la esclavitud moderna, el trabajo forzoso o trabajo infantil.

La norma francesa es sin duda la de contenido más amplio. La norma establece que el Plan debe contener las medidas de vigilancia razonables adecuadas para identificar los riesgos y prevenir las violaciones graves de los derechos humanos y libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el ambiente. Esta amplia definición de los bienes jurídicos protegidos ha recibido críticas por dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, se acusa a la norma de la falta de concreción de la expresión “derechos humanos y libertades fundamentales”. El legislador francés no optó por el sistema de lista,¹⁵ que ha sido posteriormente utilizado tanto por la ley alemana como por la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea, sino por una referencia amplia, similar a la de los PRNU y al de los textos de la OCDE.

La norma alemana determina los derechos protegidos enumerando (en su anexo) expresamente un listado de los tratados internacionales que los reconocen. La norma

13 El 14 de febrero de 2022, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 abrió el periodo de consulta pública previa para recabar la opinión de los sujetos y de las organizaciones potencialmente afectadas por el futuro anteproyecto de Ley de Protección de los Derechos Humanos, de la Sostenibilidad y de la Diligencia debida en las actividades empresariales. El texto puede consultarse en: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/220208-consulta-publica-definitiva.pdf>. Según el propio ministerio proponente, con esta ley, todavía en tramitación en el momento de redacción de estas líneas, se aspira a evitar las vulneraciones de derechos humanos y daños al medio ambiente derivados de las actividades empresariales a lo largo de sus cadenas globales, siguiendo el camino ya comenzado por otros Estados Miembros y adelantándose a la futura, aun cuando todavía lejana, directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

14 La ley alemana entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

15 Mediante este sistema se delimitan los bienes jurídicos protegidos determinando los textos jurídicos que reconocen su protección lo cual, en particular desde el punto de vista de la protección del ambiente, plantea numerosas limitaciones.

incluye expresamente el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, los ocho convenios fundamentales OIT y tres acuerdos ambientales seleccionados, relativos a sustancias contaminantes. Además, en su artículo 2 la norma define “riesgo para los derechos humanos” como la situación en la cual existe una probabilidad suficiente de que se violen una serie de prohibiciones (trabajo infantil, trabajo forzoso, esclavitud, vulneración de los derechos de asociación, discriminación, desalojos ilegales, contaminación ambiental que afecte a las personas, etc). En el mismo sentido define “riesgo ambiental” refiriéndose a las prohibiciones de los convenios de Minamata, Estocolmo y Basilea. Además, el mismo artículo segundo en su apartado cuarto define “violación de las obligaciones respecto de los derechos humanos” y “violación de las obligaciones respecto del ambiente”.

La propuesta de la Comisión Europea, aún en vías de discusión, utiliza el mecanismo del Anexo para establecer la limitación de los derechos que consideran protegidos por la norma, sin dedicarle un artículo específico a esta cuestión. En este caso, el Anexo contiene dos partes. La primera parte se destina a los derechos humanos y se divide en dos subapartados, el primero detalla las violaciones de derechos y prohibiciones que vienen detalladas en determinados Tratados de derechos humanos, para a continuación, de manera ciertamente reiterativa y poco ordenada, detallar el listado de estos Tratados en el segundo subapartado. La parte dos se dedica a las violaciones de los objetivos y las prohibiciones reconocidos internacionalmente incluidos en convenios medioambientales, pero no se enumeran los mismos.¹⁶

Como ha indicado la doctrina especializada (Brabant, 2022), este sistema de lista plantea varios problemas. En primer lugar, la falta de sistematicidad del listado, que no sigue las formas habituales para citar o enumerar los instrumentos de derechos humanos. Además, algunos derechos se recogen de manera innovadora, otros de forma clásica, sin un claro alineamiento con las normas que los reconocen, lo cual podría abrir vías de interpretación poco convenientes acerca de los derechos que no quedarían protegidos. Por último, y con carácter general, parece evidente que siempre que se plantea un sistema de lista se corre el riesgo de dejar alguna cosa fuera, máxime cuando ni en el texto articulado ni en el Anexo no hay cláusula de apertura.

El ámbito de aplicación de las obligaciones de debida diligencia establecidas en las normas europeas

La ley francesa de 2017 señala que el plan de vigilancia debe ser adoptado por “cualquier sociedad que dé empleo el cierre dos años consecutivos, al menos cinco mil trabajadores,

¹⁶ El uso de la nomenclatura jurídica es curioso, el primer apartado de la primera parte del anexo se titula “Violations of rights and prohibitions included in international human rights agreements” y el segundo “human rights and fundamental freedoms conventions”. En materia estrictamente laboral se contemplan los ocho convenios fundamentales de la OIT.

en ella y sus subsidiarias directas o indirectas con domicilio social en el territorio francés, o por lo menos a diez mil trabajadores entre la empresa principal y sus filiales directas o indirectas, con domicilio social en el territorio francés o en el extranjero”. La aplicación de la norma demuestra que la redacción antedicha permite que determinadas ETN de especial relevancia queden fuera del ámbito de aplicación de la ley de 2017 y esto ha levantado diversas cuestiones jurídicas que se apuntan como posibles reformas futuras a la norma (Dubost y Poitier, 2022).

La primera de las cuestiones debatidas ha sido la forma societaria. La ubicación sistemática del artículo determina que la norma se aplique únicamente a las sociedades anónimas cuyo domicilio social esté en Francia. Uno de los mayores problemas que ha provocado esta delimitación de la forma societaria es la exclusión de las Sociedades de Responsabilidad Limitada y de las Sociedades Comanditarias (SARL y SNC por sus siglas en francés). Al dejar fuera a las primeras, la ley no puede aplicarse a empresas del sector del textil, especialmente sensible para el tema que nos ocupa, como son Zara y H&M. Ambas entrarían en el ámbito de aplicación de la ley por número de trabajadores, pero no por su forma societaria (Zara dio empleo en 2021 a 5.728 personas en Francia y H&M a más de 5000). Esta exclusión es, sin duda, uno de los mayores errores de la norma. Igualmente complicada es la exclusión de las sociedades comanditarias. Esta exclusión permite que empresas como Peugeot Citroën Sochaux SNC (con más de 5000 trabajadores) o Lidl France (con 40.000), escapen de las obligaciones establecidas en la ley. Algo similar ocurre con la no inclusión de las cooperativas agrícolas. Ante esta realidad, denunciada por las organizaciones sociales, el Informe de la Asamblea apuesta por una ampliación del ámbito de aplicación con la inclusión de todo tipo de sociedades, sin limitarlo a las SA. Además, parece claro que la cuestión de los umbrales debe adecuarse a la realidad concreta de cada tejido empresarial.

El segundo gran problema de la determinación del ámbito de aplicación es el criterio del número de trabajadores. Tanto los amplios umbrales fijados como que sea únicamente tenido en cuenta el criterio numérico para determinar si se aplica o no la norma ha dado lugar a que se escapen entidades cuya sujeción es acorde a los objetivos de la ley. Como constata el Informe de la Asamblea, diversas empresas como Cémoi, del sector del cacao, que representa el 15% del mercado francés con solo 2200 trabajadores en Francia; o Primark France con 3929 quedan fuera de estos umbrales. Para evitar estas fugas, el Informe aboga por rebajarlos, recogiendo la propuesta de las organizaciones sociales de equiparar los umbrales a los indicados en la Directiva sobre divulgación de información no financiera), que en Francia se traducen en una cifra de 500 trabajadores combinada con un volumen de negocios de 100 millones de euros.

Además, la experiencia ha demostrado que el criterio del número de trabajadores no es útil respecto de los sectores de débil intensidad de mano de obra, como por

ejemplo el de las biotecnologías, cuya afectación a los derechos humanos y al ambiente está más relacionada con el volumen de negocios que con su número de trabajadores. La recomendación del Informe es combinar este criterio con el del volumen de negocios, pero en sentido alternativo, no acumulativo. La solución de incluir de manera alternativa el criterio del número de trabajadores o de volumen de negocios, parece la solución óptima. En el panorama comparado la norma francesa es la que establece los umbrales más altos, con una diferencia considerable (Guamán, 2022.a).

La ley alemana se aplica a las empresas, independientemente de su estructura jurídica, que tengan su sede, domicilio o lugar principal de negocios en Alemania, siempre que den empleo a más de 3.000 personas, incluyendo aquellas desplazadas para trabajar en un país extranjero. También se incluyen en el ámbito de aplicación las empresas extranjeras que tienen una sucursal en Alemania que dan empleo a 3.000 personas en territorio alemán. Los umbrales se calculan incluyendo trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal y los de las filiales. Los umbrales se reducirán a 1000 el 1 de enero de 2024. Esto podría aumentar el número de empresas concernidas de 700 en 2023 a 2.900 en 2024.

Por su parte, la propuesta de Directiva opta por un esquema sin duda complejo. La norma divide a las empresas afectadas en tres grupos. En el Grupo 1 se incardinan las empresas muy grandes que cuentan con más de 500 trabajadores y que superan los 150 millones de euros de volumen de negocios mundial neto. El Grupo 2 contiene las empresas grandes, con 250 trabajadores y un volumen mundial de negocios de 40 millones de euros y que cumplen además con un requisito adicional, que el 50% de su volumen de negocios mundial neto se genera en uno de los sectores que la norma considera como de alto riesgo (estos sectores se listan en el artículo 2.b (i)). Al enumerar estos sectores la propuesta sigue las directrices de la OCDE en sus distintas guías, pero excluye algunos, como el sector financiero (que es objeto específico de una guía OCDE) y otros sectores que en la realidad se evidencian como de alto riesgo (seguridad privada, industria química, sector financiero). Finalmente, la norma sitúa en un tercer lugar a las entidades de países terceros, realizando también una subdivisión. En primer lugar, sitúa a las empresas que realizan actividades dentro de la Unión y que tienen un volumen de negocios neto superior a 150 millones de Euros en la Unión; en segundo lugar se encuentran aquellas que han generado un volumen de negocios neto superior a 40 millones de euros, pero igual o inferior a 150, en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero, siempre y cuando al menos el 50 % de ese volumen de negocios mundial neto se haya generado en uno o varios de los sectores enumerados como “de riesgo” en el apartado anterior (a efectos de analíticos les llamaremos Grupo 1 bis y Grupo 2 bis). Esta complicada división es fundamental para entender el conjunto de la norma propuesta por la Comisión Europea, dado que solo estarán obligadas a cumplir con el conjunto completo de los mecanismos de diligencia

debida, y respecto la totalidad de sus cadenas, las empresas muy grandes (una cantidad que se ha calculado en 9.400 empresas de la UE y 2.600 de fuera de la UE).

Además, la propuesta de norma europea señala con claridad que las PYME no entran en el ámbito de aplicación de la norma. Esta exclusión es una de las cuestiones más controvertidas. En todo caso, debe tenerse en cuenta que esto no implica que no contemplen las PYME puesto que, como demuestra la experiencia de la ley francesa, sí que se entienden comprendidas en el ámbito de aplicación cuando están en la cadena.

Las obligaciones concretas de diligencia debida en derechos humanos

La ley francesa modificó el art. Art. L. 225-102-4 del Código de Comercio incorporando el “Plan de Vigilancia”, que debe ser establecido por las empresas que se encuentran bajo su ámbito de aplicación. La ley establece un contenido mínimo del Plan,¹⁷ que debe incluir obligatoriamente: un mapa de riesgos para su identificación, análisis y priorización; un procedimiento de evaluación periódica de la situación de las filiales, subcontratistas o proveedores con los cuales se mantiene una relación de comercio, según la cartografía de riesgos; las acciones de reducción del riesgo o la prevención de lesiones graves; un mecanismo de alerta y recogida de informes relativos a la existencia y actualización de los riesgos, establecido en consulta con los sindicatos representativos en la empresa; un dispositivo de seguimiento de las medidas puestas en práctica y una evaluación de su eficacia. Además, la norma incluyó la previsión de que el plan y el dossier de aplicación efectiva se harán públicos y se incluyan en el informe de gestión presentado a la junta general de accionistas, por el Consejo de Administración o la Junta Directiva.

Uno de los grandes fallos de la aplicación de la ley ha residido en el deficiente contenido de los Planes.¹⁸ La falta de detalle de la norma ha dejado en manos de las empresas la concreción de ese contenido y el resultado ha sido no solo heterogéneo sino en muchos casos absolutamente insuficiente e inválido para los objetivos perseguidos.

Así lo han denunciado las organizaciones sociales de manera reiterada. En el año 2019, diversas organizaciones sociales publicaron un informe sobre la aplicación de la ley, denominado “Deux ans après l’adoption de la loi sur le devoir de vigilance, les entreprises dans le viseur des ONG”.¹⁹ En aquel análisis se constató que en el año 2018 se habían publicado de manera efectiva únicamente 80 planes, muchos de los cuales únicamente respondían de manera parcial a las exigencias de la norma. Con el objetivo de concretar las obligaciones, la asociación Sherpa publicó una “Guía de Aplicación” (2019). Como en otros aspectos de la norma, la sociedad civil suple las funciones de orientación y control

17 La ley prevé un desarrollo reglamentario que no ha sido adoptado hasta el momento.

18 Sobre esta cuestión se remite a la constante denuncia de las organizaciones de la sociedad civil y de la doctrina especializada: Barraud de Lagerie, Béthoux, Mias, Penalva-Icher, 2020 y 2021; Sachs, 2022; Sherpa, 2019.

19 El informe está disponible en: <https://www.amisdelaterre.org/communique-presse/rapport-deux-ans-apres-l-adoption-de-la-loi-sur-le-devoir-de-vigilance-les/>

que en otros países se ha atribuido a una autoridad administrativa encargada del impulso y supervisión del mecanismo.

En la ley alemana las obligaciones se dividen en nueve tipos de procesos internos: establecer un sistema de riesgos; designar una persona responsable en la empresa; realizar un análisis regular de riesgos; publicar una declaración sobre la política de la compañía; establecer medidas preventivas en su área de negocios y con los proveedores directos; realizar acciones de reparación; establecer procesos internos de queja; implementar mecanismos de diligencia debida sobre el riesgo en relación con los proveedores indirectos y documentar e informar todo lo anterior. Respecto de estas obligaciones, la norma establece una distinción, muy criticada, entre aquello que la matriz debe asegurar respecto de su esfera de actividad propia y respecto de sus proveedores directos e indirectos.

Como parte de su gestión preventiva, las empresas deben emitir una declaración sobre su estrategia de derechos humanos. La responsabilidad de esta declaración recae en la dirección de la empresa. Además, las empresas deben elaborar un informe anual sobre el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida durante el ejercicio anterior. Este informe, que debe incluir el conjunto de medidas adoptadas y debe ponerse a disposición del público sin cargo en el sitio web de la compañía durante al menos siete años.

Las empresas obligadas deberán establecer un mecanismo de quejas interno que permita a las personas, *lato sensu*, notificar posibles riesgos o violaciones de derechos humanos o de obligaciones ambientales derivadas de las actividades económicas de la empresa a lo largo del conjunto de su cadena. Todas las notificaciones deben ser consideradas y las empresas deben establecer reglas de procedimiento escritas y ponerlas a disposición del público. Las empresas pueden proponer una solución amistosa. Además, la norma prevé que el procedimiento de quejas debe establecerse de tal manera que sea posible denunciar internamente una actuación de los proveedores indirectos. Cuando esto se produzca la empresa debe actuar respecto de estos proveedores con medidas similares a las previstas para los directos.

En el borrador de Directiva presentado por la Comisión, las obligaciones de diligencia debida se dividen en seis artículos, que son sin duda el corazón de la propuesta y los más controvertidos por su escaso alcance y sus numerosos puntos de fuga. En el cuarto se establece un listado que se desarrolla entre el cinco y el diez y que integra seis tipos de obligaciones, similares a las incluidas en el enfoque de la OCDE. Según se indica en el artículo cuatro, los Estados miembros deberán asegurar que las empresas: integran la diligencia debida en sus políticas; detectan los efectos adversos reales o potenciales; previenen y mitigan los posibles efectos adversos; ponen fin a los efectos adversos reales y

minimizan su alcance; establecen y mantienen un procedimiento de denuncia; supervisan la eficacia de su política y medidas de diligencia y la comunican públicamente. El artículo cinco define lo que debe entender por “política empresarial de diligencia debida” que ha de contener tres elementos: la descripción del enfoque de diligencia de la empresa; un código de conducta que debe seguirse por sus trabajadores y sus filiales y una descripción de los procesos establecidos para aplicar la diligencia debida, incluyendo las medidas adoptadas para verificar el cumplimiento del código de conducta y ampliar su aplicación a las relaciones comerciales establecidas. Todo ello debe actualizarse anualmente. El artículo seis se dedica a la identificación de los posibles o actuales impactos adversos. Curiosamente, nada se dice respecto de la obligación de identificar a las empresas que conforman el conjunto de la cadena y mucho menos de publicar ese listado. En cambio, el artículo sexto se dedica a hacer una disección de las obligaciones de identificación de riesgos que las empresas deben desarrollar, según su ubicación en los grupos señalados en el ámbito de aplicación. Los Estados Miembros velarán por que las empresas del Grupo 1 (las muy grandes, incluyendo el Grupo 1bis de las muy grandes no europeas) adopten las medidas adecuadas para identificar los impactos derivados de sus propias operaciones o las de sus filiales y, cuando estén relacionadas con sus cadenas de valor, de sus relaciones comerciales establecidas. Las empresas del Grupo 2 (incluyendo el 2bis, las grandes no europeas) solo estarán obligadas a identificar los impactos adversos reales y potenciales que sean graves (por tanto, no todos) y que se enmarquen en el sector respectivo. Si se trata de empresas financieras, la identificación solo se llevará a cabo antes de prestar dicho servicio. La adopción de medidas preventivas de los impactos adversos se incluye en el artículo 7, con un esquema similar.²⁰ Más allá de la prevención, y en el caso de que se identifiquen impactos adversos que no puedan prevenirse o mitigarse con las medidas anteriores, la empresa deberá evitar una nueva contratación con la entidad vinculada al riesgo y, si las normas estatales lo permiten, deberá suspender temporalmente las relaciones comerciales con el socio en cuestión, mientras se continúan los esfuerzos para la prevención y la minimización si existe una expectativa razonable de que estos esfuerzos tendrán éxito a corto plazo. En caso de que el posible impacto adverso fuera grave, la empresa deberá poner fin a la relación comercial. El artículo ocho se dedica a la obligación de poner fin a los impactos adversos o, si esto no es posible, minimizar el alcance de estos, contemplando algunas medidas de reparación económica y con idénticos límites y especificidades que las previstas en el artículo 7, con inclusión de las garantías contractuales señaladas. El artículo

20 Los Estados Miembros deberán asegurar que las empresas adoptan las medidas para prevenir, o cuando la prevención no sea posible o no sea inmediatamente posible, mitigar adecuadamente los posibles impactos adversos que se hayan identificado o deberían haberse identificado según el artículo anterior. Evidentemente solo se refiere a las empresas que deben hacerlo, es decir, fundamentalmente las del Grupo 1 y las del 2 con un ámbito reducido (riesgos severos en su sector). Destaca la posibilidad de exigir a las empresas el establecimiento, “cuando sea necesario”, de un plan de prevención que debe desarrollarse en consultas con las partes interesadas afectadas (sin mención específica a los sindicatos) o la realización de las inversiones necesarias para la prevención. A continuación, el mecanismo preventivo diseñado se apoya en gran medida en la posibilidad de establecer “garantías contractuales” que refuercen el cumplimiento de las medidas de diligencia.

noveno se dedica al mecanismo de reclamación *intra* empresarial, que se integra a efectos de abrir un cauce interno de denuncia dentro de la propia empresa.

La participación las organizaciones de la sociedad civil y de los sindicatos como entidades de especial relevancia para el desarrollo de la diligencia debida

Una de las partes fundamentales de los mecanismos de diligencia debida radica en la participación de los agentes sociales (las partes interesadas) en la elaboración, desarrollo y evaluación.

La ley francesa indica, de manera ciertamente imprecisa, que es deseable que el Plan se elabore en colaboración con las partes interesadas en la empresa. Además, el mecanismo de alerta y recolección de informes relativos a la existencia u ocurrencia de riesgos debe ser establecido en consulta con los sindicatos representativos de dicha empresa. De nuevo la imprecisión de la norma ha provocado disparidad de actuaciones y, en general, como han denunciado distintos sindicatos (vid. el informe de Dubost y Poitier, 2022) el papel de la representación de los trabajadores, y de las organizaciones sociales, en los pasos antedichos está siendo muy limitado y más similar a una mera información que a una colaboración. Por ello, el Informe recomienda dotar de obligatoriedad la asociación de las partes interesadas en la elaboración del Plan, precisando los detalles de esta asociación por vía reglamentaria. En concreto, el Informe considera interesante la constitución de un comité específico conformado entre la empresa y las partes interesadas relativo al desarrollo del deber de vigilancia.

La ley alemana reconoce específicamente a los sindicatos y las ONG como entidades a los que una persona afectada por una violación puede otorgar la “capacidad para demandar”. Además, la norma prevé una modificación de la normativa laboral (la ley relativa a los Comités de Empresa, *Betriebsverfassungsgesetz*) para incluir el derecho de información y consulta sobre cuestiones de debida diligencia, lo cual reviste un especial interés porque amplía los objetivos de la representación de los trabajadores en la empresa.

El borrador publicado por la Comisión Europea no solo reduce la participación de las “partes interesadas” sino que prácticamente anula la participación sindical en la gestación, desarrollo y control de las obligaciones de diligencia debida. Los sindicatos solo aparecen mencionados expresamente como sujetos legitimados para elevar una queja interna. Así, el artículo seis acaba con una mención a los “grupos potencialmente afectados” sin mencionar a los sindicatos, pero sí a los trabajadores, señalando que “cuando proceda” las empresas llevarán a cabo consultas para recopilar información. La falta de definición de obligaciones tan fundamentales como las consultas, o del contenido del código de conducta, es una de las grandes fallas del borrador.

Los mecanismos públicos de impulso y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida

La ley francesa no prevé, a diferencia del resto de normas y proyectos, la existencia de un organismo público para la implementación y control de la norma, con capacidad, por ejemplo, para determinar la lista de las empresas que deben cumplir con las obligaciones de la ley. En ausencia de esta entidad, el impulso de la norma recae sobre el esfuerzo de los agentes sociales, en particular de los sindicatos, de Francia y de terceros países. El Informe de la Asamblea recomienda la creación de una autoridad administrativa independiente (algo establecido como fundamental en la propuesta de Directiva de la Comisión) para dar seguimiento a la aplicación de las obligaciones de la norma, clarificar las mismas, acompañar a las partes obligadas e interesadas y controlar el cumplimiento adecuado del deber de vigilancia.

Por su parte, la ley alemana atribuye la condición de autoridad supervisora a la Oficina Federal de Asuntos Económicos y Control de Exportaciones (BAFA) que debe recibir los informes de las empresas y revisar la corrección de sus contenidos. La BAFA actúa de oficio para monitorear el cumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas, detectar, prevenir y acabar con los incumplimientos; también actuará a instancia de parte cuando se realice una queja y se determine una violación o un peligro inminente. La norma atribuye a la BAFA otras competencias de actuación como requerimientos de información o inspecciones y la obliga a publicar la información, consultando a las autoridades competentes. Además, debe elaborar anualmente un informe de sus actividades. La norma prevé sanciones, que incluyen la prohibición de contratación con el sector público (artículo 22) y las multas económicas, incluyendo un detalle de las infracciones y las sanciones específicamente establecidas.

Los artículos 17 a 21 del borrador de Directiva de la Comisión diseñan con detalle las obligaciones de los Estados de designar una o varias autoridades supervisoras para controlar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida. Estas autoridades deben ser independientes y tener los poderes y la financiación adecuada para desarrollar las investigaciones necesarias, comenzadas bien de oficio o bien como resultado de una comunicación basada en “preocupaciones sustentadas” (concepto precisado en el artículo 19). El artículo 18 indica que las investigaciones deben desarrollarse con previo aviso a la empresa y que pueden realizarse en otros Estados. Si la autoridad identifica un incumplimiento, debe conceder a la empresa un tiempo para adoptar acciones de remediación, que no impedirán la imposición de sanciones ni la responsabilidad civil (pero sí pueden rebajarlas). Las competencias de las autoridades de control deben ser, como mínimo, tres: ordenar el cese de las infracciones, la abstención de repetir las conductas y la adopción de medidas correctoras proporcionadas y necesarias; imponer sanciones

pecuniarias (de conformidad con el artículo 20) y adoptar medidas provisionales para evitar el riesgo de daños graves e irreparables.

La responsabilidad civil de las empresas por los daños causados

Sin duda, la cuestión de la responsabilidad civil ha sido uno de los ejes del debate en torno al conjunto de las normas sobre diligencia debida en curso de aprobación o ya aprobadas en el ámbito europeo. En la actualidad, solo la ley francesa lo establece, ni la alemana ni la experiencia de Noruega incluyen un mecanismo de responsabilidad civil. La propuesta de la Comisión ha optado por una inclusión mínima, que ha sido interpretada como un instrumento de protección empresarial.

A efectos de asegurar su cumplimiento, la ley francesa establece en primer lugar la posibilidad de que cualquier parte interesada requiera directamente a la empresa el cumplimiento de las obligaciones antedichas (Art. L. 225-102-4 II).²¹ En segundo lugar, la ley francesa inserta un nuevo artículo en el Código de Comercio, el L. 225-102-5, donde se afirma que “conforme a lo establecido en los artículos 1240 y 1241 del Código Civil, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo L. 225-102-4 del presente Código implicará la responsabilidad de su autor, estando obligado a reparar los daños que podrían haberse evitado si hubiera cumplido con sus obligaciones”. El juez, según se establece en la norma, puede ordenar la ejecución de su decisión mediante la imposición de una multa, así como ordenar la publicación o difusión de su decisión. Además, la norma indica que “los gastos corren a cargo del condenado”. Se establece así una responsabilidad civil basada en la falta de vigilancia que implica la necesidad de establecer un vínculo causal directo entre el incumplimiento y los daños (Auvergnon, 2020). No existe en la norma un mecanismo que permita la sanción administrativa.

El artículo 3.3 de la norma alemana indica que “la violación de las obligaciones establecidas en esta ley no da origen a ninguna responsabilidad en derecho civil. Toda responsabilidad civil que tenga origen de manera independiente de esta norma no se verá afectada”.

El artículo 22 de la propuesta de Directiva se dedica a establecer la responsabilidad civil de las empresas por los daños causados. Las condiciones para que la responsabilidad exista son dos, la primera es la ausencia de cumplimiento de las obligaciones de prevención y mitigación/cesación y la segunda (cumulativa) es que como consecuencia de ese incumplimiento, se produce algún efecto adverso que debería haber sido identificado,

21 El artículo Art. L. 225-102-4.-II establece que cualquier empresa concernida por la norma puede ser objeto de un requerimiento para que ponga en práctica el plan de vigilancia; en el caso de que no lo haga, la persona interesada que elevó el requerimiento puede acudir ante un juez que a su vez puede establecer una medida cautelar. Cuando una de las empresas obligadas a respetar las obligaciones según el apartado 1 no cumple en el plazo de tres meses siguientes al requerimiento, el órgano competente podrá, a petición de cualquier persona que demuestre un interés en la actuación, obligarle, en su caso bajo multa coercitiva, a cumplir con la obligación.

prevenido, mitigado, eliminado o minimizado en cuanto a su alcance mediante la aplicación de las medidas adecuadas establecidas en los artículos 7 y 8 y que este efecto ha provocado un daño.

El principal problema que plantea este artículo es el apartado segundo (ciertamente complejo), que limita esta responsabilidad a las situaciones en las que la empresa principal había adoptado algunas de las actuaciones referidas en determinados apartados los artículos 7 y 8, concretadas en la exigencia de garantías contractuales. No obstante, si se demuestra que las acciones adoptadas por las empresas no eran razonablemente apropiadas para la adecuada prevención, mitigación, cesación o minimización, esta limitación no podrá ser adecuada.

El artículo indica asimismo que, cuando se extienda la responsabilidad, deberán tenerse en cuenta los esfuerzos de la empresa por cumplir las medidas de remediación que haya podido establecer la autoridad supervisora o cualquier otra inversión o colaboración para abordar los efectos adversos. También señala expresamente que la responsabilidad civil aquí regulada se extiende sin perjuicio de aquella de las empresas subsidiarias o socios comerciales directos o indirectos o de cualquiera derivada de las normas de la Unión que sea más estricta.

En los apartados 3 y 4 se indica que la responsabilidad civil de una empresa por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento de la diligencia debida debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad civil de sus filiales o de los socios comerciales directos e indirectos de la cadena de valor y sin perjuicio de la aplicación de otras normas en la materia que exijan responsabilidad en situaciones no contempladas o que sean más estrictas que las establecidas en la Directiva. Por último, el apartado 22.5 indica que las normas de trasposición deberán ser de naturaleza imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro.

Vientos de cambio desde el Sur. ¿Qué esperar de las iniciativas de proyectos legislativos de debida diligencia latinoamericanos?²²

A pesar de no existir, hasta el momento, ninguna ley vigente latinoamericana sobre empresas y derechos humanos, hoy soplan vientos que anuncian una tendencia creciente de discusiones en los parlamentos, en los partidos políticos y, muy especialmente, en la sociedad civil de los países de Latinoamérica, quienes muestran un interés por la creación de leyes o directivas en materia de debida diligencia. En tal contexto, se encuentran tres propuestas regulatorias: la primera, se trata del Decreto No. 9.571 del 22 de noviembre de 2018, siendo Brasil quien abre en la región la discusión con una norma vigente del

²² Nota de los autores: Queremos agradecer los aportes en la elaboración de este texto a Martín Posada, Sahara Rosero, Valentina Herrera y Koya Yarina Cabascango, investigadores del Observatorio Latinoamericano de DDHH y Empresas de la Universidad Externado de Colombia.

ejecutivo;²³ la segunda, un proyecto presentado por el partido político Movimiento de Regeneración Nacional-MORENA de la Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida Diligencia Corporativa en México, presentada el 6 de octubre del 2020;²⁴ y, la tercera, el Proyecto de Ley peruano que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en Derechos Humanos y Ambiente del 2022. Sin olvidar, Colombia, donde, en una fase muy preliminar, desde la Defensoría del Pueblo y acompañado de la sociedad civil, se debate la metodología y el alcance de una futura ley.

Ahora bien, esta tendencia de iniciativas legislativas latinoamericanas que buscan regular la relación entre las actividades empresariales y los derechos humanos no es fortuita o una casualidad, por el contrario, es la respuesta a problemas no resueltos de naturaleza sustancial (crisis climática, aumento de la pobreza de grupos e individuos en condición de vulnerabilidad, mayores violaciones de derechos humanos, profunda inequidad e injusticia del orden económico entre el Sur y el Norte, etc.), además, a problemas de naturaleza formal o jurídica (ausencia de responsabilidad internacional de las empresas por violaciones de derechos humanos, inexistencia de un tratado vinculante para las empresas y los derechos humanos, deficiencia o inoperancia de los Planes Nacionales de Acción, tanto del Sur como del Norte, entre otros). Precisamente, estos problemas no resueltos explican la diversidad e imaginación de los recientes proyectos presentados. En especial, la iniciativa peruana que, en el marco del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNAEDH) 2021-2025, se determinó la “...urgencia de contar con una regulación que garantice una acción asertiva y proactiva del Estado en la promoción de los derechos humanos en la actividad empresarial” (EQUIDAD, 2022). De ahí la importancia de analizar los aspectos más significativos de los proyectos presentados y la experiencia recogida por los países pioneros en estas iniciativas.

En esa línea, a continuación, se hará un análisis de las tres iniciativas normativas mencionadas, resaltando sus críticas y sus aspectos más progresistas, que sin duda orientarán las futuras leyes. Principalmente, se tiene en cuenta: i) el ámbito de aplicación de los proyectos; ii) las obligaciones; iii) el régimen de responsabilidad; iv) el sistema de reparación; v) la garantía de transparencia; vi) los mecanismos o métodos de participación; vii) los mecanismos de monitoreo; y, viii) el lenguaje problemático. Una vez revisados esos elementos en la legislación o proyectos de ley de los tres Estados *sub examine*, se concluirá con unas reflexiones que quizás puedan brindar luces a los futuros proyectos de legislación en la materia en Latinoamérica y, por qué no, en el Sur Global.

23 Para consultar el texto completo del Decreto No. 9.571 de 2018, ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm

24 Para consultar el texto completo del proyecto de Ley General de Responsabilidad Empresarial y Debida Diligencia Corporativa en México, presentado por el senador Germán Martínez Cázares, del Grupo Parlamentario Morena el 6 de octubre del 2020, ver: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/112449

Ámbito de aplicación de las iniciativas de debida diligencia

En Brasil, por ejemplo, el ámbito de aplicación de las llamadas Directrices Nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos se reduce a las medianas y grandes empresas, incluidas las multinacionales que operan en el país. Las micro y pequeñas empresas cumplirán con las normas dispuestas dependiendo de su capacidad. Como se verá, a diferencia de las propuestas de México y Perú, las directrices brasileñas serán implementadas de forma voluntaria por las empresas.

Por su parte, el Proyecto de Ley mexicano es ambivalente, pues enmarca su objetivo en el desarrollo económico de la nación bajo la responsabilidad social y, luego, se refiere al respeto por los derechos humanos, buscando determinar unas reglas para regular la conducta responsable de las empresas y mitigar los impactos negativos asociados a sus actividades, cadenas de suministro y otras relaciones comerciales. Sin embargo, esta iniciativa es restrictiva en la clasificación del tamaño de las empresas (micro, pequeña, mediana y grande), ya que simplemente utiliza el criterio de número de trabajadores. Vale la pena destacar, que si bien el ámbito de aplicación abarca a todas las empresas mexicanas y las autorizadas para operar en el territorio, una novedad es que hace especial énfasis en las empresas de la industria textil, minera, energética, turística y agroalimentaria. Estas deberán estar sujetas a los estándares más altos que consagra la futura Ley. Y, en general, se refiere a que toda empresa debe conducirse de forma “responsable”, primando siempre el respeto por los derechos humanos en su gestión operativa y comercial.

Mucho más amplio y ambicioso resulta el Proyecto de Ley de Perú, que establece la regulación de la actividad empresarial y la debida diligencia para las empresas nacionales o con capital extranjero, ya sea de naturaleza privada o pública, independiente de factores como el tamaño, ubicación, estructura, sector de la actividad o propietarios, cuyas actividades u operaciones se lleven a cabo y tengan impacto en el territorio nacional de Perú (EQUIDAD, 2022). Un aporte de esta iniciativa es incluir empresas cuyas actividades u operaciones se realicen o lleven a cabo a través de “medios digitales”, o que no estén “jurídicamente domiciliadas” en el territorio nacional peruano. Por último, el proyecto aclara que se aplicarán reglas especiales para las micro y las pequeñas empresas, siempre y cuando se encuentren fundadas en causas objetivas y razonables.

Tipos de obligaciones establecidas de las iniciativas de debida diligencia

En el Decreto 9.571 de Brasil, las obligaciones se encuentran en el capítulo relacionado con la responsabilidad por el respeto de los derechos humanos. Señala obligaciones generales, tales como: la elaboración de un código de conducta para la empresa; la implementación de un compromiso político público y actualizado; promover la consulta libre, previa e informada de las comunidades afectadas por la actividad empresarial; la creación de

políticas e incentivos a los socios comerciales para el respeto de los derechos; la adopción de criterios y normas sociales o ambientales; la incorporación de los derechos humanos en la gestión de riesgo empresarial; contar con indicadores de supervisión; sacar adelante iniciativas públicas y accesibles de transparencia, entre otras. Adicionalmente, determina obligaciones específica para ciertos derechos, por ejemplo, respecto al trabajo forzado y el trabajo decente; la no discriminación en las relaciones laborales y la promoción del respeto a la diversidad; y la sostenibilidad ambiental. En definitiva, se trata de un listado relativamente extenso, pero de cumplimiento voluntario.

Respecto al proyecto de México, las obligaciones coinciden en la prevención y mitigación de los impactos de las actividades de las empresas e implementación de mecanismos de protección y remediación frente a un acto o hecho violento. Además, las empresas deberán contar con políticas y procedimientos que incluyan un compromiso político y corporativo de respeto de los derechos, la institucionalización de un proceso de debida diligencia para prevenir, mitigar, identificar y rendir cuentas y contar con procesos de reparación de las violaciones o afectaciones de los derechos humanos. Un aspecto para destacar de esta iniciativa de Ley es que exige la implementación de un mecanismo de debida diligencia como órgano de operación transversal dentro del más alto nivel corporativo. Este cumplirá con las funciones de elaboración, aplicación y actualización del compromiso; el desarrollo de un diagnóstico y valoración de los impactos empresariales; diseño de un plan de acción para implementar medidas de prevención y mitigación de riesgos; elaboración de indicadores de medida para la supervisión y seguimiento de las acciones implementadas; y, diseño de mecanismos de remediación de daños.

La visión de las obligaciones de debida diligencia del proyecto de Ley de Perú es la más ambiciosa. Por ejemplo, establece la obligación para las empresas de contar con un “Plan Empresarial en materia de derechos humanos y protección del medio ambiente”, con el cual deberán ratificar su compromiso con la protección de los derechos humanos y el medio ambiente; establecer medios y recursos para ello; señalar las expectativas de los miembros de la empresa en el tema; y, determinar mecanismos de prevención ante posibles violaciones. Adicionalmente, se impone el deber de elaborar un Informe de la Política Empresarial, esto es, un reporte de las actividades que desarrollen para la garantía de los derechos humanos. Otra obligación para las empresas es que deben cumplir con la identificación, prevención y mitigación de riesgos reales o potenciales sobre los derechos humanos o el medio ambiente que sus actividades puedan ocasionar, un elemento transversal al proceso de debida diligencia, la consulta o participación de los potenciales afectados para integrar sus puntos de vista. Esta información también se publicará en el Informe de Política Empresarial. Además, se señala la obligación de implementar mecanismos de

monitoreo y supervisión internos o externos, que se realizarán de forma periódica y los resultados se reflejarán en el informe anual de la empresa. Igualmente, se encuentra que las empresas deben implementar procedimientos de atención de casos y denuncias frente a las afectaciones, las cuales deben ser confiables, accesibles, simples, que ofrezcan suficiente información sobre resultados, gratuitas, transparentes, equitativas y públicas.

La iniciativas de debida diligencia y la responsabilidad de las empresas frente a la vulneración de derechos humanos

Sin duda, la responsabilidad es el aspecto más complejo de la debida diligencia. No obstante, el Decreto 9.571 de 2018 de Brasil en su capítulo tercero, establece una regulación ambigua sobre el tema, ya que, en lugar de definir el tipo de responsabilidad que se aplicará por el incumplimiento de las obligaciones, el Decreto evade este aspecto y, simplemente, asigna tareas u obligaciones adicionales a las empresas. De ahí que, pese a establecer obligaciones generales y específicas de respeto de los derechos humanos frente a las actividades empresariales, el vacío u omisión normativa de la responsabilidad deja sin un procedimiento o mecanismos para garantizarlos.

En el caso de México es totalmente opuesto a Brasil, pues se avanza sustancialmente en el régimen integral de responsabilidad administrativa y penal en materia de debida diligencia. En el Proyecto de Ley presentado se indica que existe responsabilidad empresarial por afectaciones a los derechos humanos en los siguientes supuestos:

- cuando las actividades de la empresa estén o hayan provocado una afectación de manera directa;
- cuando la empresa, sabiendo que sus actividades contribuyen o pueden llegar a contribuir indirectamente a cualquier afectación, no las hubiese evitado; y,
- cuando las actividades de alguna entidad con la que la empresa mantenga relación comercial causen o estén causando una afectación y se vinculen directamente a las operaciones, productos o servicios de la empresa.

Asimismo, la iniciativa mexicana señala las siguientes sanciones: a. Amonestación pública o privada; b. Sanción pecuniaria o multa; c. Suspensión de sus actividades; d. Clausura de sus locales o establecimientos; e. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en la violación; f. Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación del sector público; g. Intervención judicial para salvaguardar los derechos humanos de las personas; h. Disolución de la empresa; y, finalmente, j. Las demás que expresamente determinen las leyes penales. Sin olvidar que estas sanciones se aplican considerando la gravedad de la violación, clasificándolas en leves y graves.

El Proyecto de Ley mexicano explica que no se extingue la responsabilidad de las empresas cuando estas se transformen, fusionen, absorban o escindan, ni mediante su disolución aparente cuando su actividad económica o comercial continúe y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores o empleados.

Finalmente, en la iniciativa de Perú sí se establece de forma expresa que las afectaciones por parte de empresas a los derechos humanos o al medio ambiente constituyen responsabilidad administrativa, civil o penal. Lo anterior se puede presentar, al igual que en el proyecto de México, en tres supuestos:

- cuando la actividad empresarial ocasiona una afectación directa por acción, omisión o negligencia;
- cuando sabiendo o debiendo haber sabido que la actividad contribuye o puede contribuir a producir una afectación a los derechos humanos de manera indirecta, la empresa no la hubiese evitado; y,
- cuando las actividades de una persona natural o jurídica con la que la empresa mantiene o mantuvo relación contractual o comercial causen u ocasionen una afectación directamente vinculada a las operaciones, productos o servicios generados por la empresa.

Empero, el proyecto peruano es contundente al establecer que en ningún caso la debida diligencia podrá ser alegada como eximente de responsabilidad. Tampoco lo hace la fusión, absorción, ni la disolución aparente cuando continúe la actividad económica y la identidad de la empresa. En estos casos la responsabilidad será solidaria entre las empresas participantes. Cabe resaltar que esta iniciativa de ley determina que la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad civil o penal de las personas naturales involucradas, incluyendo a aquellas en instancias directivas.

Reparación de las violaciones a los derechos humanos en las iniciativas de debida diligencia

Coherente con lo establecido en la norma sobre responsabilidad, el Decreto 9.571 de Brasil es ambiguo, pues no determina si la reparación es obligatoria o voluntaria para las empresas. Sin embargo, el artículo 14.4 del Decreto, señala que la administración pública debe incentivar a las empresas a “reparar integralmente” a las personas y comunidades afectadas. El Decreto explica que se entienden por personas y comunidades afectadas aquellas cuyos derechos han sido afectados por las empresas. Aunque sigue siendo considerablemente ambiguo, la idea de reparación resulta todavía más controversial, en los términos del artículo 15 que retoma el artículo 14, para explicar que la reparación incluye las siguientes medidas:

- disculpas públicas;
- restitución;

- rehabilitación;
- compensación económica o no económica;
- sanciones punitivas, como multas, sanciones administrativas o penales;
- medidas de prevención de nuevos daños o garantías de no repetición.

Según preceptúa el Decreto, estas pueden ser acumulables. Ahora bien, esta norma no fija unas causales para imponer estas medidas de reparación, ni establece cuándo podrán acumularse, ni los mecanismos o procedimientos judiciales. Lo anterior, ciertamente, genera inseguridad jurídica al señalar de manera general “mecanismos de denuncia existentes” (como la línea 180 de atención a la mujer o el numeral 100 para denunciar violaciones de derechos humanos) y deja a las víctimas en la incertidumbre de cómo se implementan unas obligaciones de medio de las empresas, lo que pone en duda una reparación integral efectiva.

En la propuesta mexicana, por su parte, las empresas deben contar con políticas y procedimientos, de acuerdo con su tamaño y circunstancias que, inter alia, permitan reparar las consecuencias negativas que hubieren provocado o contribuido a provocar. De acuerdo con el artículo 28 del proyecto, la reparación se debe realizar a través de la celebración de un convenio de reparación de daños con las víctimas y/o afectados que garantice su plena rehabilitación, compense de manera efectiva el daño emergente, solvete las alteraciones, solvete las ganancias que la víctima dejó de percibir a causa de este, asegurar la no repetición de la violación e investigar y sancionar a los responsables dentro de la empresa.

Por su parte, la iniciativa de Ley peruana especifica que las víctimas de una violación de derechos humanos son personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de violaciones a la ley penal o civil vigente. En particular, las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de empresas tendrán derecho a un acceso justo, adecuado, efectivo, rápido, no discriminatorio, con enfoque de género, a la justicia y a un recurso adecuado. Junto con las sanciones penales o administrativas aplicables a la empresa, el Proyecto de Ley señala que la responsabilidad por la afectación de derechos humanos o al medio ambiente genera la reparación integral que puede incluir compensaciones económicas o no económicas, medidas de rehabilitación y remediación del ambiente, la calidad o salud ambientales, disculpas públicas, medidas de prevención y de no repetición, entre otras.

La participación de la sociedad civil en las iniciativas de debida diligencia

Debido a su relevancia de este enfoque, algunas de las diferentes legislaciones expuestas se han encargado de incluir, en la medida de lo posible, medidas de participación, como es el caso del Decreto 9.571, que en su artículo 9, menciona que a las empresas les corresponde identificar riesgos de impacto y violación a los derechos humanos dentro de sus operaciones. Esto, con ánimo de implementar medidas preventivas y de control eficaces, lo cual incluye garantizar la participación de actores interesados, como las comunidades que puedan verse potencialmente afectadas por sus actividades. Empero, es relevante mencionar la existencia de un déficit democrático, desde una perspectiva deliberativa, generado por las dificultades para crear espacios que garanticen que las víctimas de violaciones de derechos humanos sean escuchadas por las empresas (HOMA, 2018).

Por otro lado, el artículo 25 de la iniciativa de México, fomenta la participación al ordenar, en caso de ser necesario medir los riesgos (sean reales o potenciales) en los que se vean implicadas las actividades de las empresas, recurrir a expertos, preferiblemente internos e independientes, que tienen que incluir consultas hacia los grupos potencialmente afectados. También, habrá participación cuando, con ánimo de tomar acciones puntuales en materia de prevención, mitigación y/o reparación, las empresas son obligadas a realizar un diagnóstico previo sobre las áreas de operación, con el que, posteriormente, se construya una política jerárquica y priorizada sobre los derechos afectados y la gravedad de los impactos. Esta política no solo debe estar construida, según el artículo 31, por el órgano transversal de debida diligencia de la empresa, sino por especialistas de derechos humanos y ciencias empresariales, los afectados y/o potencialmente afectados, permitiéndole a la comunidad, la sociedad o los titulares, participar en las actividades de la empresa y contribuir a un control social de mejoramiento de la región.

El Proyecto de Ley peruano tiene varios aspectos a resaltar en materia de participación. Por un lado, como se menciona anteriormente, se exige un Plan Empresarial en materia de derechos humanos. Este resulta relevante en términos de participación, puesto que debe ser compartido y consultado con las organizaciones de trabajadores propios –o de otras empresas implicadas, en caso de no contar con ellos–, pueblos indígenas, comunidades y posibles afectados. A estos actores, además, les deben realizar consultas anualmente en materia de identificación, prevención y mitigación de riesgos e informes sobre su aplicación y forma de operación. Amén de lo anterior, este Proyecto busca promover un “diálogo social sobre Empresas y Derechos Humanos” por medio de la creación de una Mesa Multiactor para la Política y el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos. Se trata de un espacio de diálogo entre el Estado, las empresas, las organizaciones sindicales, los pueblos indígenas, las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones internacionales, para la implementación, seguimiento, monitoreo,

evaluación y actualización de la Política y el Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos.

La narrativa y el lenguaje de las iniciativas de debida diligencia

Para terminar el análisis de estas visiones del Sur respecto a la regulación de la debida diligencia, es importante comprender la narrativa o el lenguaje que se utiliza en los países latinoamericanos. Así, es posible entender el alcance de algunas obligaciones o el espíritu de estas legislaciones a partir de ciertas definiciones y conceptos utilizados. Por un lado, en el Decreto de Brasil, se destaca el objeto de la norma, es decir, establece “directrices nacionales” sobre empresas y derechos humanos. En otras palabras, la norma brasileña se aparta de la tendencia europea de centrar sus marcos jurídicos nacionales en la debida diligencia, para hacer referencia a una dimensión amplia de la relación entre la actividad empresarial y los derechos humanos. Adicionalmente, estas directrices determinan políticas o lineamientos generales para el Estado y las empresas, con obligaciones de medio y algunas de resultado, pero su característica más cuestionable es la implementación voluntaria por las empresas.

A su turno, México incorpora en la iniciativa legislativa un concepto de *Responsabilidad Social Empresarial -RSE* que no es claro, pues, la divide de la responsabilidad empresarial por violaciones a derechos humanos y de la conducta empresarial responsable, además, establece la obligación de implementar de manera permanente y progresiva, un programa de RSE, que según el artículo 11, su impacto sea verificable y cuantificable entre sus clientes, proveedores, empleados, grupos en situación de vulnerabilidad y cualquier grupo de interés, sin duda, cambia la naturaleza voluntaria que históricamente explica la RSE. Sin contar los vacíos y omisiones del Proyecto en la creación de los criterios para identificar el cumplimiento de dicha responsabilidad que son verificados por la Secretaría, pero: ¿qué proyectos se deben priorizar para cumplir con esta responsabilidad?, ¿cuáles son los criterios?, ¿cómo se medirá el cumplimiento progresivo?, ¿qué tan exigente será su cumplimiento? Estas y otras preguntas no se resuelven.

La narrativa y el lenguaje de la propuesta legislativa de Perú devela las visiones del Sur, en particular, los reclamos de la sociedad civil, quienes desde una perspectiva *pro homine*, definen víctima individual y colectiva. Incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir o evitar la victimización.

No obstante, estos nuevos aires desde el Sur, al parecer las tres normativas no logran deconstruir o, al menos, repensar el paradigma antropocéntrico y coinciden en una comprensión superficial y poco reflexiva del desarrollo sostenible. Resulta precaria la aplicación de la perspectiva *pro natura*, ya que es insuficiente una protección del

medio ambiente y los derechos humanos, que se erige en el desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida. La iniciativa de Ley mexicana, al referirse a la calidad de vida en su definición, demuestra que no existe una comprensión adecuada de las implicaciones del desarrollo, que históricamente cosifica o reduce el medio ambiente como un recurso para generar crecimiento económico. Para garantizar “sostenibilidad”, como lo señala Boaventura de Sousa (2009), es necesario controlar el desarrollo (Eslava, Luis; Uruña, René; Obregón, Liliana, 2016; Du Pisani, J. 2006). De ahí que, la debida diligencia deba pensarse en la protección más amplia de los titulares de los derechos, esto es, más allá de los individuos, tener en cuenta a los grupos o colectivos (indígenas, campesinos, etc.) y sobre todo la protección del novel derecho humano al medio ambiente sano.

Conclusiones

La diligencia debida ha venido para quedarse, pero es importante seguir mejorando y construyendo un modelo aún para armar, a fin de que su aplicación sea efectiva en la lucha contra la impunidad de las ETN y la protección adecuada de los derechos humanos en el ámbito de la descentralización global de la producción y las cadenas globales de valor. Hasta el momento, la experiencia europea muestra un gran poder de iniciativa y voluntad de regulación pero resultados todavía débiles e inciertos.

Las previsiones más pesimistas, Lundan y Muchlinski (2012) señalaban que los mecanismos de diligencia debida degeneran rápidamente, con muy contadas excepciones, en un cuestionario rápido donde solo hay que marcar una casilla y así obtener beneficios publicitarios. Sin embargo, la aplicación de la ley francesa, único ejemplo con resultados incipientes pero evaluables, demuestra que, con todas las inconsistencias de un texto mejorable y frente a las reticentes prácticas empresariales, se están dando resultados de sumo interés para los procesos de elaboración normativa que se desarrollan tanto a nivel europeo como global (Guamán, 2022.c). Así, es necesario sostener que la DDDH adecuadamente regulada puede superar los fallos de los modelos iniciales y ser un buen instrumento para mejorar el comportamiento empresarial respecto de los derechos humanos, muy en particular los vinculados al trabajo, en las cadenas de las ETN. Las regulaciones en ciernes en el ámbito europeo deberán atender a los fallos detectados en la norma francesa y superar los límites ya detectados tanto en la norma alemana como en el borrador de Directiva de la Comisión Europea.

En el ámbito latinoamericano, sin duda, hay optimismo. Las tres propuestas analizadas dan cuenta de que la debida diligencia ha llegado a Latinoamérica para quedarse. El Decreto 9.571 abrió el camino, pero, como se evidenció, a pesar de establecer obligaciones generales y específicas de respeto de los derechos humanos frente a las actividades empresariales, la no inclusión de un régimen de responsabilidad deja sin un

procedimiento o mecanismos para garantizarlas. Sin embargo, tan solo dos años después, la propuesta mexicana incluyó obligaciones relevantes, como la implementación de un mecanismo de debida diligencia como órgano de operación transversal dentro del más alto nivel corporativo y, asimismo, fijó un régimen integral de responsabilidad administrativa y penal en materia de debida diligencia. Y, tan solo en 2022, el Proyecto de Ley de Perú avanzó sustancialmente en el esquema de responsabilidad, estableciendo de forma expresa que las afectaciones por parte de empresas a los derechos humanos o al medio ambiente pueden dar lugar a responsabilidad administrativa, civil o penal.

Este rápido avance en la materia permite concluir que los vientos seguirán soplando y que, como se hizo evidente de Brasil a Perú, cada nueva propuesta avanzará más que la anterior. No se trata de una competencia, es, más bien, una oportunidad de cooperación entre los Estados del Sur Global. Las experiencias legislativas de Brasil, México y Perú, ciertamente, serán guías para que otros Estados se acerquen a la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos y medio ambiente. Ahora bien, es fundamental realizar un seguimiento juicio al cumplimiento de estas propuestas. El caso de Brasil, con su naturaleza voluntaria, deja muchas dudas, pero resta esperar la efectividad en la implementación de los regímenes de responsabilidad en México y en Perú.

Cabe recordar, como última conclusión, que en ningún caso, la regulación de la diligencia debida obligatoria puede sustituir o convertir en innecesaria la aprobación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que regule en el ámbito del derecho internacional las obligaciones de las empresas de respetar los derechos humanos, donde se haga efectiva la inclusión de obligaciones directas dirigidas a las ETN de respeto de los derechos humanos,²⁵ garantizadas por mecanismos de responsabilidad que permita sancionar a las empresas por las violaciones de derechos humanos cometidas de manera directa o a través de los agentes implicados en su generación de valor (la cadena).²⁶ Esta y no otra es la finalidad de la Resolución 26/9 y del proceso del *Binding Treaty*, al menos en su origen y este debe ser el objetivo final de cualquier iniciativa que pretenda regular la obligación de las empresas transnacionales de respetar los derechos humanos. El proceso

25 De hecho, y ya como reflexión en el plano político, es importante remarcar que el establecimiento de un marco obligatorio de DDDH no debe actuar como un elemento “escudo” para proteger a los intereses de las ETN frente a la posible adopción de normas que establezcan responsabilidades directas de respeto de los derechos humanos. En este sentido, es bien sabido que desde que comenzó el proceso del Binding Treaty, la posición de la Unión Europea ha sido reticente e incluso obstruccionista. La propuesta de adoptar una Directiva podría considerarse una maniobra para obturar el debate sobre la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, sustrayéndolo del nivel internacional para afirmar que en el ámbito de la UE se avanza hacia propuestas de menor entidad, pero de mayor “consenso”, descarrilando así el proceso de la Resolución 26/9.

26 Precisamente, el mandato de la Resolución 26/9 es “elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. El texto que resulte por tanto debe ser eminentemente procedimental, es decir, no se trata de un instrumento donde se reconozcan derechos sino donde se establezcan los mecanismos para conseguir que las actividades de las empresas transnacionales (y otras empresas) respeten los derechos humanos y que las posibles violaciones o vulneraciones de los mismos reciban la reparación adecuada.

hacia el *Binding Treaty* sigue siendo el paso necesario para poner fin a la impunidad y asegurar el acceso a la justicia de las personas y comunidades afectadas. ❁

Bibliografía

- Auvergnon, P. (2020) “El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial”, *Lex Social*, vol. 10, núm. 2.
- Barnidge, R. (2006). “The due diligence principle under international law”. *International Community Law Review*, 8(1), 81-122
- Barraud de Lagerie, P., Béthoux, E., Mias, A., et Penalva-Icher, E., (2020) « La mise en œuvre du devoir de vigilance : une managérialisation de la loi ? », *Droit et société*, 106, pp. 699-714
- Barraud de Lagerie, P., Béthoux E., Mias A., Penalva-Icher E. (2021). «La mise en œuvre de la loi française sur le devoir de vigilance. Quand les entreprises ont rédigé les premiers plans», en Delautre G., Echeverría Manrique E. et Fenwick C. (dir.). *Le travail décent dans une économie mondialisée. Quelques leçons des initiatives publiques et privées*. Organisation Internationale du Travail (OIT)
- Boaventura de Sousa, S. (2009). *Una Epistemología del Sur: La Reinención del Conocimiento y la Emancipación Social*. CLACSO Coediciones y Siglo Veintiuno Editores.p. 162
- Brabant, S. et al. (2022). *Due Diligence Around the World. The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)*. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/due-diligence-around-the-world/>
- Brabandere, E.D. (2015) “Host States’ Due Diligence Obligations in International Investment Law”. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. N° 42. 2.
- Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (EQUIDAD). *Proyecto de Ley que Regula la Actividad Empresarial y la Debida Diligencia en materia de derechos humanos y ambiente*. Fernández-Maldonado, Enrique (Coord.). Lima: EQUIDAD, 2022. Disponible en: <https://equidad.pe/>
- Du Pisani, J. A. (2006). “Sustainable Development – historical roots of the concept”. *Environmental Sciences*, Vol. 3, No. 2. p. 84
- Dubost, C. y Poitier, M.D. (Députés) (2022). *Rapport d’information déposé en application de l’article 145-7 du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la république en conclusion des travaux d’une mission d’information sur l’évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre*. Assemblée Nationale.
- Eslava, Luis; Urueña, René; Obregón, Liliana (2016). “Imperialismo(s) y Derecho(s) Internacional(es): Ayer y Hoy”. *Imperialismo y Derecho Internacional: historia y legado*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, p. 44.

- Guamán, A. (2021). *Diligencia debida en derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Guamán, A. (2022.a). “Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales” *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. 87.
- Guamán, A. (2022.b) “El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo” *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. 88.
- Guamán, A. (2022.c) “La aplicación de la ley francesa de deber de vigilancia: apuntes para una futura regulación española”. *Revista de Derecho Social*. Nº99.
- Guamán, A. y González, G. (2018). *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos*. Bomarzo, Albacete.
- Hernández Zubizarreta, J. (2009) *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa*. Ed Egoa, Vitoria.
- HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas (2018). Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos. En. *Cadernos de Pesquisa Homa*. vol. 1, n. 7.
- Koivurova, T., (2010) “Due Diligence”. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- Krajewski, M. y Faracik, B. (2020). *Substantive Elements of Potential Legislation on Human Rights Due Diligence*. Policy Department, Directorate-General for External Policies. European Parliament
- Lundan, S.M. y Muchlinski, P. (2012) “Human Rights Due Diligence in Global Value Chains” Van Tulder, R., Verbeke, A., Voinea, L. (Ed.) *New Policy Challenges for European Multinationals. International Business Research*, Vol. 7.
- Martin-Ortega, O. (2014). “Human rights due diligence for corporations: From voluntary standards to hard law at last”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32(1), 44-74.
- McCorquodale, R. (2009). “Corporate Social Responsibility and International Human Rights Law”. *Journal of Business Ethics*, Nº. 87.
- Ruggie, J., Sherman, J.F. (2017) “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale”, *The European Journal of International Law* Vol. 28 no. 3.
- Sachs, T. (2022) “Les dangers d’une dilution du devoir de vigilance dans la compliance”, *Controverse*, 352. *Revue de Droit du Travail*.
- Sanguineti, W. y Vivero, J.B. (2021) “El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos” en *Trabajo y Derecho*, Número Monográfico 14.
- Sherpa (2019) *Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*. Première Édition. Disponible

en: <https://plan-vigilance.org/vigilance-plan-reference-guidance/>

- Smit, L., Mccorquodale, R., Bauer, M., Deringer, H., Baeza-Breinbauer, D., Torres-Cortés, F., Alleweldt, F., Kara, S., Salinier, C., y Tejero Tobed, H. (2020) Study on due diligence requirements through the supply chain: Final Report, European Commission, enero de 2020. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>
- Tole Martínez, J. (2019) Derechos Humanos y la actividad empresarial en Colombia: Implicaciones para el Estado Social de Derecho, Bogotá, Fundación Ford - Universidad Externado de Colombia. Disponible en: uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2020/07/derechos-humanos-y-la-actividad-empresarial-en-colombia-1.pdf
- Tole Martínez, J. (2020) “La licencia social para operar en las industria extractiva del pos Covid-19: Importancia para la debida diligencia en derechos humanos de las empresas en Colombia”, en D’AVILA LOPES, Ana María (Org.), *Direitos Humanos e Empresas em tempos da pandemia da Covid-19*, Livraria do Advogado editora, Porto Alegre.
- Tole Martínez, J. (2021) Voces de la Amazonia: el presente y el futuro de los Derechos Humanos y los derechos de la naturaleza, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-voces-de-la-amazonia-9789587906646.html>
- Tole Martínez, J. (2022) “Derechos humanos y su relación con el sector minero-petrolero: una lectura desde los Principios Rectores de las Naciones Unidas”, en *Derechos humanos y empresa en el sector minero-petrolero*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- United Nations High Commissioner for Human Rights (2020) UN Human Rights “Issues Paper” on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies. June.
- Young, I. M. (2004) “Responsibility and Global Labor Justice”. *The Journal of Political Philosophy*, 12 (4): 365-388.