

**ESTUDIOS
EN DERECHO,
COMERCIO &
GLOBALIZACIÓN**

01

**JUAN MANUEL
AMAYA CASTRO**

Profesor Asociado, Facultad de
Derecho, Universidad de los Andes
(Bogotá - Colombia)

jm.amaya@uniandes.edu.co

SOFÍA HENAO ZULUAGA

Estudiante de derecho con opción en
gobierno y en economía, Universidad
de los Andes (Bogotá - Colombia)

s.henaoz@uniandes.edu.co

El Régimen de Debida Diligencia Obligatoria

Estado del Arte e Implicaciones desde una Perspectiva Latinoamericana



SEMILLERO DE DERECHO, COMERCIO & GLOBALIZACIÓN

El Semillero de Derecho, Comercio & Globalización de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes está conformado por estudiantes, profesores y egresados, todos interesados en entender el papel del derecho en la gestión de los flujos de comercio de y hacia nuestro país, y en cómo eso está vinculado a los procesos de desarrollo nacional y regional. Busca aportar al desarrollo de una infraestructura de conocimiento y análisis de los fenómenos regulatorios más importantes, para así fortalecer la capacidad reactiva y proactiva de los diferentes sectores públicos y privados del país.

COMITÉ ASESOR:

Laura Betancur Restrepo
Andrés Esteban
Liliana Obregón
Claudia Orozco
Giovanni Pabón
Pablo Rey Vallejo
Natalia Serrano Rey
René Urueña
Santiago Wills

ESTAMOS EN:

LINKEDIN

<https://www.linkedin.com/groups/12659155/>

TWITTER

@dglobalizacion
<https://twitter.com/DGlobalizacion>

Nota editorial: Primera edición

Con esta primera publicación de la serie de *Estudios en Derecho, Comercio & Globalización* se da inicio a una serie de discusiones que buscarán entender, analizar y discutir los nuevos retos y complejidades de la globalización económica del Siglo XXI. Ante el escenario de regulaciones cambiantes cada vez más complejas y exigentes entre los participantes del comercio internacional, con particulares implicaciones sobre los flujos de comercio de los países en vía de desarrollo, encontramos un interrogante que guiará las publicaciones de esta revista: ¿cuál es el papel del derecho y de las instituciones y de qué manera podemos contribuir desde la profesión jurídica? Para abordar este cuestionamiento, no sólo contamos con la valiosa participación de estudiantes apasionados por entender cómo el comercio, de y hacia nuestro país, impacta el desarrollo local, sino de expertos que con su destacada experiencia orientan nuestros pasos hacia el descubrimiento de recomendaciones que aspiran fungir como eje de transformación y discusión entre la academia, el gobierno y el sector privado. Por ello, y por la constante rigurosidad profesional, agradecemos a: Claudia Orozco Jaramillo, Elvin Rincón, Giovanni Pabón, Daniel Arboleda Cortés y Sebastián Vargas, por sus valiosos aportes a cada investigación, y a Adriana Vargas por sus valiosos comentarios en esta primera edición.

Teniendo en cuenta lo anterior, la presente edición de la revista se propone identificar el creciente interés, ya materializado en varias legislaciones, por vigilar las cadenas de suministro y exigir, a través de la extensión del marco normativo de la debida diligencia, la protección a normas de relevancia universal: derechos humanos, derecho laboral, derecho ambiental, entre otros. Ello para entender, desde una perspectiva latinoamericana, las implicaciones que tendrá este fenómeno en el comercio global y las recomendaciones para poder preparar, no desde el puesto del pasajero sino desde el conductor, de manera robusta al sector empresarial para este desafío del Siglo XXI.

Para citar use el siguiente formato:

Juan M. Amaya-Castro & Sofía Henao
Zuluaga, El Régimen de Debida Diligencia
Obligatoria: Estado del Arte e Implicaciones
desde una Perspectiva Latinoamericana,
*Estudios en Derecho, Comercio &
Globalización*, Número 1 (abril 2022).

Sara Lucía Dangon Novoa
Rodrigo Correa Minuzzo
Juan Manuel Amaya Castro

DIRECCIÓN DEL SEMILLERO DE DERECHO,
COMERCIO & GLOBALIZACIÓN

PALABRAS CLAVE

- Debida diligencia obligatoria
- Empresas
- Cadenas globales de suministro
- Derechos humanos
- Medio ambiente
- Comercio internacional
- Sociedad civil

RESUMEN EJECUTIVO

Recientemente ha tomado mucho impulso el régimen de debida diligencia obligatoria en algunas jurisdicciones europeas y en otras partes del mundo. Se espera que antes del 2023 la Unión Europea haya adoptado normas que, mediante un régimen robusto de debida diligencia obligatoria, busca imponer un enfoque de prevención y mitigación de violaciones de derechos humanos, derechos laborales y de temas de medio ambiente. Identificamos tres características esenciales: a) obligación de debida diligencia en la cadena de suministro, b) vigilancia administrativa con posibilidad de sanciones, y en ciertos casos c) responsabilidad civil. Este fenómeno regulatorio tenderá a expandirse globalmente, y tendrá importantes consecuencias no sólo para los sectores exportadores de América Latina, sino también para los Estados, que tendrán aquí el reto de proteger la competitividad de sus exportaciones y para sociedad civil que se verá muy fortalecida en sus esfuerzos por proteger a las poblaciones vulnerables y el medio ambiente.

Recomendaciones

– Cada sector debe analizar las implicaciones concretas

Se necesita, a corto plazo, identificar cuáles van a ser los efectos inmediatos de la legislación de debida diligencia obligatoria. ¿Cuáles van a ser los sectores económicos más afectados y cuáles son las políticas públicas que mejor pueden ayudar a contrarrestar cualquier impacto negativo? En general, hace falta una mejor comprensión de las nuevas dinámicas que van a operar en las cadenas globales de suministro. Es importante tener un enfoque diferenciado, ya que no todos los sectores económicos se van a ver afectados de la misma manera. Teniendo en cuenta que estamos entrando en un periodo de transición es urgente establecer redes de actores, gremios, del sector público y privado, de sociedad civil y de la academia, para examinar bien y detalladamente las implicaciones ya descritas, y otras aun por identificar. Se recomienda a los gremios que fortalezcan su capacidad de coordinación y cooperación, para así incrementar la capacidad de anticiparse a las necesidades del mercado y fortalecer su posición competitiva.

– Se necesita un régimen de certificaciones

Es de esperarse que las empresas importadoras le impondrán los costos del análisis de riesgo a las empresas exportadoras, y que en esto busquen una calidad y fiabilidad garantizada por medio de una certificación. Es imperativo que se regule el gremio y el proceso de certificaciones para garantizar que las empresas exportadoras, sobre todo las pymes, puedan cumplir con las expectativas de sus clientes de la mejor y más económica manera. El régimen de debida diligencia exigirá un control de calidad y fiabilidad de los análisis de riesgo, y en esto los países exportadores tendrán que vigilar su posición competitiva.

– Hacia una concertación social, bajo el liderazgo del Estado

El Estado tiene un papel muy importante que jugar en este proceso. El régimen de debida diligencia exige una concertación de todas las partes interesadas. En este proceso debe haber consultación y concertación no sólo con las empresas, sino con sociedad civil, en particular con las organizaciones de derechos humanos, derechos laborales, sindicatos, y organizaciones ambientales. Además, es imperativo incluir a organizaciones de campesinos, grupos afrocolombianos, originarios e indígenas, igual que representantes de líderes sociales en todos los territorios. Sólo con una amplia e incluyente concertación de todos los sectores interesados se puede preparar de manera robusta el sector empresarial para la competencia del Siglo XXI.

1. Contexto

Recientemente, empezando en el 2017, se empezó a adoptar legislación, más que todo en países europeos, que busca imponerles a sus empresas la obligación de vigilar las cadenas de suministro, y de esa manera evitar todo tipo de daños que resulten de violaciones de normas de derechos humanos, derecho laboral, derecho ambiental, entre otros. Esta legislación se conoce como legislación de debida diligencia y cadenas de suministro. Más recientemente, en febrero 2022, la Comisión de la Unión Europea (UE) ha presentado dos proyectos legislativos comunitarios, y se espera que antes del 2023 se hayan adoptado. Esto extendería el marco normativo de la debida diligencia a los 27 miembros de la Unión Europea. El fenómeno no se limita a la UE. Un creciente número de países en todo el mundo está desarrollando un régimen de debida diligencia obligatoria que se puede considerar una infraestructura legal de gobierno de las cadenas globales de suministro. A continuación, se presentará un estado del arte y se analizarán, desde una perspectiva latinoamericana, las implicaciones de este fenómeno para las empresas en el comercio global.

2. Trasfondo jurídico-histórico

Desde hace varias décadas se viene desarrollando una normativa internacional que busca prevenir que las grandes empresas transnacionales estén implicadas en violaciones de derechos humanos.¹ ¿De qué tipo de situaciones estamos hablando, aunque sea generalizando? Se trata aquí de situaciones en las estereotípicamente una empresa del Norte Global opera en el Sur Global lo cual genera una situación de asimetría: una empresa grande, económicamente poderosa, respaldada por un país poderoso, operando en un país del Sur Global, muchas veces pequeño y dependiente de las actividades de la empresa extranjera, y además con un Estado débil, disfuncional y hasta corrupto. Si bien el derecho internacional determina que el Estado en cuyo territorio opera la empresa es soberano y la puede, incluso la debe, vigilar y disciplinar, la realidad es que la asimetría ha, a veces, generado situaciones de inacción y potencialmente hasta de complicidad². Desde los años 1980, cuando incrementó la actividad de estas empresas a nivel internacional, se ha buscado la manera de responsabilizar las empresas transnacionales.

La pregunta se ha enfocado, en parte, en crear una jurisdicción internacional³ o por lo menos empoderar a una existente. La idea era que ya que los Estados en el Sur Global no estaban en una posición en la que podían responder adecuadamente ante las violaciones de derechos humanos, se planteaba desarrollar una responsabilidad jurídica internacional que de manera directa responsabilizará a las empresas. Sin embargo, esta idea se enfrentaba a una importante objeción: estas empresas son personas jurídicas creadas por el derecho nacional, sea del

1. Cesar Rodriguez Garavito, *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI* (2018).

2. La Comisión Europea da este ejemplo en su propuesta de Directiva. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578007/EXPO_STU\(2016\)578007_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578007/EXPO_STU(2016)578007_EN.pdf)

3. Luis Gallegos, Daniel Uribe, *The Next Step Against Corporate Impunity: A World Count in Business and Human Rights?* En: *Harvard International Law Journal* (2016), Vol. 57, 7-10. Nicolas Carrillo-Santarelli, *The intersection of Business and Human Rights at the Inter-American Court of Human Rights*, *Oxford Human Rights Hub*, (Marzo 10 del 2016), último acceso el 19 de Abril de 2022.

país del Norte Global en el cual fueron creadas, o del país del Sur Global, en el cual operaban. Imponer una jurisdicción internacional implicaría elevar a las empresas al nivel de personas internacionales⁴, con derechos y obligaciones. Ese proceso no ha tenido lugar y si bien el derecho internacional de inversiones otorga derechos internacionales a los inversionistas, lo hace a través de su estatus de persona jurídica con una nacionalidad, la del Estado que firmó un tratado internacional con otro Estado. Parecería entonces difícil reconocer una personalidad internacional sin negar la personalidad nacional de la empresa.

Más recientemente, se ha invertido mucho en las situaciones en las que en el contexto del arbitraje internacional de inversiones, el Estado demandado hace una contrademanda con el argumento de una violación de derechos humanos⁵. Aun es poco claro si eso es jurídicamente posible, y menos si es significativo⁶, sobre todo si se tiene en cuenta que se dependería del Estado en el cual opera el inversionista extranjero, y es justamente la debilidad y fragilidad de ese Estado lo que es el problema. ¿Qué Estado decide que es mejor litigar por arbitraje internacional cuando debería más bien usar su jurisdicción penal, civil o administrativa para defender los derechos de sus ciudadanos? Podemos asumir que entre las jurisdicciones nacionales o la de arbitraje de inversión, los intereses de las potenciales víctimas se verían mejor representadas por las jurisdicciones nacionales.

Otra opción que se exploró fue en expandir la jurisdicción de las cortes nacionales de algunos países del Norte Global⁷. En particular los EE. UU. han sido buscados como jurisdicción predilecta para responsabilizar a las grandes empresas transnacionales por los daños causados. EE. UU. cuentan con una legislación poco común, el *Aliens Torts Claim Act* (ATCA) que le da al juez civil estadounidense una especie de jurisdicción universal por daños relacionado a las violaciones de los derechos humanos. Esta estrategia tuvo cierto éxito, hasta que la Corte Suprema invocó el principio de *Forum Non Conveniens* para argumentar que no debía ser la corte de todo el mundo y que otras jurisdicciones eran las más apropiadas.⁸ Eso dirigió la mirada a las jurisdicciones desde las cuales operaban las empresas, activando el principio de jurisdicción personal activa para invocar la competencia de sus jueces. En algunos casos, sobre todo relacionados con la responsabilidad de la empresa matriz por negligencia de una filial o subsidiaria esto ha dado frutos significativos.⁹ En el contexto colombiano es notable el caso, aún en proceso, contra la empresa bananera Chiquita, en las cortes federales de los EE. UU., buscando establecer la responsabilidad extracontractual por su rol en las graves violaciones de los derechos humanos en Urabá,¹⁰ en un contexto en las que las jurisdicciones penales y civiles colombianas no han sido eficaces.

Esta estrategia, sin embargo, tiene dos limitaciones importantes. Por un lado, requiere que haya un lazo entre la empresa matriz y su subsidiaria que permita establecer que la subsidiaria esté bajo el control, y por ende bajo la responsabilidad, de la empresa matriz. Eso no siempre ha sido fácil, y se dificulta más cuando, usando de manera creativa el derecho transnacional societario¹¹, se

4. Vincent Chetail, *The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward*, en: *Unity and Diversity of International Law. Essays in honor of Pierre-Marie Dupuy* (2013), 105-130.

5. Isabela Monnerat Mendes, *Derecho de los derechos humanos y arbitraje de inversiones*, *Arbitraje Internacional* 25/04/2021

6. Bruno Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?*, *International & Comparative Law Quarterly* 60 :3, July 2011, pp. 573 – 596. Carolina Olarte Bacares, “El derecho internacional de las inversiones en América Latina: el reencuentro con los derechos humanos”, in *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Temis, Bogotá, 2010, p. 683-712

7. Andrew Sanger, *Transnational Corporate Responsibility in Domestic Courts: Still Out of Reach?* en: *American Journal of International Law* (2019), Vol 113, 4-9.

8. Congressional Research Service, *The Alien Tort Statute: A primer* (2022).

9. Lise Smit and Gabrielle Holly, *Vedanta court ruling a “major victory for corporate human rights campaigners”*, *Reuters Events*, 22 de noviembre 2017. David Vetter, *Niger Delta Oil Spills: Shell Ruled Responsible in Landmark Verdict*, *Forbes* (29 de enero 2021).

10. Business and Human Rights Resource Center, *Chiquita Lawsuits* (re Colombia, filed in USA by Colombian nationals), (14 de Noviembre de 2007), fecha ultimo acceso: 19 de Abril de 2022. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/chiquita-lawsuits-re-colombia/>

11. Vivian Grosswald Curran, *Harmonizing Multinational Parent Company Liability for Foreign Subsidiary Human Rights Violations*, en: *Chicago Journal of International Law* (2016) Vol 17, No. 2, Article 3. Hassan M. Ahmad, *Parent company liability in transnational human rights disputes: an interactional model to overcome the veil in home state courts*, *Transnational Legal Theory* (2022), 501-526.

12. Gary Gereffi, Miguel Corzeniewicz, *Commodity Chain and Global Capitalism* (1993).

13. China, apple accused of violating labor laws as employees at iPhone factory found working 100 hours of overtime & being "punished" for not meeting targets, (9 de Septiembre de 2019), fecha ultimo acceso: 19 de Abril de 2022. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/china-apple-accused-of-violating-labour-laws-as-employees-at-iphone-factory-found-working-100-hours-of-overtime-being-punished-for-not-meeting-targets-incl-co-comments/>

14. ACNUDH, Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en: *Naciones unidas, oficina del alto comisionado*, ultimo acceso 25 de abril de 2022. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/wg-business/special-representative-secretary-general-human-rights-and-transnational-corporations-and-other>

15. United Nations, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, (2011).

16. Antonio Vives y Estrella Peinado-Vara, *La Responsabilidad Social de la Empresa en América Latina* (2011).

17. OHCHR, *Legally binding Instrument to Regulate in International Human Rights Law, the activities in transnational corporations and other business enterprises*, Chairmanship Third revised draft 17.08.2021, (2021). <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>

18. OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, (2011).

19. OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, (2018).

20. Patrick Simon Perillo, The role of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the National Contact Points in Shaping the Future of Corporate Accountability, en: *International Community Law Review* (2022), 36-56

21. Ver: <https://mneguidelines.oecd.org/sectors/>

22. Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola (2017). https://www.oecd-ilibrary.org/agriculture-and-food/guia-ocde-fao-para-las-cadenas-de-suministro-responsable-en-el-sector-agricola_9789264261358-es

23. Oliver Balch, Report praising on human rights criticized as whitewash, *The Guardian*, 21 octubre 2016. <https://www.theguardian.com/sustainable-business/2016/oct/21/report-praising-companies-on-human-rights-criticised-as-whitewash>

generan construcciones jurídicas que dificultan aún más el ejercicio de competencias judiciales. Por otro lado, este fenómeno se volvió aún más difícil de manejar cuando el comercio internacional se empezó a organizar, no tanto mediante las construcciones complejas del derecho de sociedades, sino a través de una tercerización en lo que se fueron conociendo como las cadenas globales de suministro¹². Un ejemplo conocido es el de las críticas que recibió Apple por la producción de sus aparatos por parte de la empresa taiwanesa Foxconn. Ya que no existía ningún vínculo societario, Apple pudo negar cualquier responsabilidad¹³. Con el crecimiento del fenómeno de las cadenas globales de suministro, se fue disminuyendo el atractivo de buscar responsabilizar a las empresas matriz.

Ya en el 2008 el enviado especial de la ONU al que se le dio esta tarea, John Ruggie, concluyó que lo más importante era responsabilizar al Estado en el cual operan las empresas¹⁴. Ahí nacieron los Principios Rectores de las Naciones Unidas para las Empresas y los DD. HH¹⁵, y con ellos el proceso normativo que buscaría aclarar las responsabilidades relacionadas con las actividades de las empresas. Si bien la responsabilidad jurídica internacional quedaba en manos del país en cuyo territorio operan las empresas, también empezó aquí lo que hoy en día llamamos la responsabilidad empresarial social (RES) o *corporate social responsibility*. La RES fue desarrollada en colaboración con las mismas empresas y ofrecía un código de comportamiento voluntario¹⁶. Mientras tanto, la responsabilidad jurídica estatal se siguió desarrollando y culminó en la propuesta de tratado vinculante¹⁷. En este proceso de desarrollo normativo también participó la OCDE, que produjo sus Líneas Directrices para Empresas Multinacionales¹⁸, y más recientemente una guía de debida diligencia¹⁹. Si bien el régimen de la OCDE no contiene una normativa vinculante, las Líneas Directrices requieren el establecimiento de un Punto Nacional de Contacto (PNC), cuya tarea es promover la eficacia de las normas y contribuir a la resolución de conflictos²⁰. Si acaso lo más significativo del trabajo que ha emprendido la OCDE es su desarrollo de guías de debida diligencia de manera específicamente diferenciada por sectores²¹, y en particular su trabajo conjunto con la Organización para la Alimentación y Agricultura (FAO) que desarrolla un enfoque en las cadenas de suministro agrícola, e incluso guías de debida diligencia por productos específicos²².

Este elaborado proceso normativo parecía más o menos estancado entre una responsabilidad estatal con una efectividad limitada, y una responsabilidad no-jurídica, voluntaria además, que suscitaba sospechas de ser un mecanismo más de relaciones públicas y menos de buen comportamiento²³. Además, si bien en algunos casos los consumidores podrían ejercer presión, muchas empresas tienen sus actividades muy alejadas de las decisiones de los consumidores, y por ende no tienen el incentivo de tener una buena imagen. Sin embargo, desde principios de la segunda década del Siglo XXI empezó a desarrollarse otro tipo de proceso normativo, este no internacional sino nacional, y en los países del Norte Global. En el **Anexo** a este documento se encuentran presentadas en orden

24 _ Anónimo, Note: Organizational Irrationality & Corporate Human Rights Violations, *Harvard Law Review* Vol.122 (2009), p.1931-1952.

25 _ Reglamento UE 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.

26 _ Australian Human Rights Commission, New report recommends more action to prevent human rights harms in business sector, (23 de septiembre de 2021), ultimo acceso: Abril 25 de 2022. <https://humanrights.gov.au/about/news/new-report-recommends-more-action-prevent-human-rights-harms-business-sector>

27 _ Moisés A. Montiel Mogollón y Salvador Herencia-Carrasco, ¿Una Norma de empresas y derechos humanos en la Constitución de Chile? Implicaciones para Chile y América Latina, en: *Agenda Estado de Derecho*, (1 de marzo de 2022).

28 _ World Compliance Association, iniciativa con proyecto de decreto mediante el cual se crea la ley general de responsabilidad empresarial y debida diligencia corporativa, ultimo acceso: 22 de abril de 2022. <https://www.worldcomplianceassociation.com/2895/noticia-iniciativa-con-proyecto-de-decreto-mediante-el-cual-se-crea-la-ley-general-de-responsabilidad-empresarial-y-debida-diligencia-corporativa.html>

29 _ Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, Honduras: Consejo de la empresa privada presenta proyecto de debida diligencia con un enfoque especial en los pueblos indígenas (21 de enero de 2020), ultimo acceso: 27 de abril de 2022. <https://www.business-humanrights.org/es/últimas-noticias/honduras-consejo-de-la-empresa-privada-presenta-proyecto-de-debida-diligencia-con-un-enfoque-especial-en-los-pueblos-indigenas/>

30 _ Olivia Johnson, Tara Kono, Rae Lindsay, Japan to introduce human rights due diligence guidelines in 2022, en: *Business and Human Rights Insights* (21 de febrero de 2022).

31 _ Federal Register, Federal Acquisition Regulation: Ending Trafficking in Persons (2015), Vol 80, No 19.

32 _ House of Representatives, Financial Services Committee. Bill to amend the Securities Exchange Act of 1934 to require issuers to disclose human rights risks and impacts, and for other purposes.(2 julio 2019) <https://financialservices.house.gov/uploadedfiles/bills-116pih-corporation.pdf>

cronológico las diferentes legislaciones con sus características más importantes. En 2010 se adoptó legislación en EE. UU. que imponía una obligación de transparencia a empresas que comerciaban en ciertos productos, en particular a ciertos metales provenientes de zonas de conflicto, en particular de países africanos. En 2014 la UE adoptó una Directiva que exigía la publicación, por parte de las empresas, de información sobre el cumplimiento de la responsabilidad social empresarial. En otras palabras, las empresas tenían que ser abiertas sobre cómo le daban sustancia a su responsabilidad voluntaria. Ya aparece aquí el término de la debida diligencia²⁴. Sin embargo, las empresas que deciden no tomar acciones de diligencia frente a los derechos humanos tienen que, para la Directiva de la UE, justificar esa decisión. Esta tendencia continuó en 2017 cuando en los Países Bajos y en Reino Unido se adoptaron leyes de debida diligencia enfocadas en el trabajo infantil (Países Bajos) y en trabajo forzado y esclavitud (Reino Unido), que prevén la posibilidad de sanciones administrativas en caso de que haya quejas de personas afectadas. La UE adoptó ese año un Reglamento que imponía obligaciones de debida diligencia sustantivas a los importadores de ciertos metales originarios de zonas de conflicto o alto riesgo²⁵. Así se fue robusteciendo el sistema de debida diligencia.

Importante en 2017 fue la adopción de una “ley de vigilancia” en Francia. Esta por un lado continuó en la tendencia de hacer obligatorio el análisis de riesgo y la debida diligencia, complementándola con la posibilidad de acudir a un juez que puede imponer una multa, o que puede intervenir en situaciones de riesgo inminente. Por otro lado, la ley de vigilancia además ofrece la posibilidad de litigar, ante un juez civil, por la responsabilidad extracontractual y obtener así reparación de daños. Este enfoque se continuó en el 2021, en Alemania, con una “ley de cadenas de suministro”, que básicamente replica los elementos centrales de la ley francesa: vigilancia administrativa con posibilidad de sanciones y responsabilidad extracontractual por daños.

La tendencia ha seguido con legislación en Noruega e incluso fuera de la UE. Australia tiene una ley enfocada en la esclavitud, y se discute adoptar la debida diligencia obligatoria²⁶. Suiza y Canadá también han adoptado legislación. Incluso en América Latina se han visto propuestas, por ejemplo en la Asamblea Constituyente chilena se debate elevar la debida diligencia de las empresas al estatus constitucional²⁷, y en México hay un proyecto de ley²⁸, igual que en Honduras²⁹. Japón propondrá este año un código voluntario de debida diligencia, con la posibilidad de volverlo obligatorio en el futuro³⁰. De mucho significado son las propuestas que en últimos años se han ido haciendo en los Estados Unidos, siguiendo los pequeños pasos de una ley que impone debida diligencia a ciertas empresas públicas para combatir a la trata³¹. Las propuestas se han hecho más que todo en la Cámara de Representantes, en donde el Comité de Servicios Financieros propuso legislación que obliga a las empresas a publicar sus análisis de riesgos de violaciones de DD.HH. en la cadena de suministro³², y otra que impone la debida

diligencia para combatir la esclavitud y trabajo forzoso³³. Si bien no ha prosperado ninguna de las propuestas, el hecho de que existe un apoyo de congresistas de los dos partidos hace pensar que es una cuestión de tiempo antes de que este tipo de legislación se adopte en los EE. UU. Ya se ha dado un paso concreto: en diciembre del 2021 se adoptó una ley que contiene la figura de debida diligencia, pero específicamente enfocada en el trabajo forzoso de los Uigures en la República Popular China (ver Anexo).

Una importante culminación de este proceso es la propuesta de la Comisión de la UE³⁴ para una Directiva que busca proteger los derechos humanos, el derecho laboral y el medio ambiente. De adoptarse la Directiva, posiblemente este o el próximo año, los Estados Miembros de la UE tendrían aproximadamente dos años para adoptar legislación nacional. Por otro lado, la Comisión propone una Regulación que busca limitar la importación de ciertos productos (soja, carne de vacuno, aceite de palma, madera, cacao y café) cuando han sido producidos en un contexto de deforestación.³⁵ Teniendo en cuenta que esta legislación por lo general prevé un periodo de transición, es de esperarse que entre dos a cuatro años ya sea el panorama legislativo de la UE y de varios otros países. A continuación, explicaremos cuales son las características principales de este régimen de debida diligencia obligatoria, con un énfasis en la propuesta de la Comisión de la UE. Aunque puede haber cambios en la Directiva o en la Regulación, una vez estas sean adoptadas, se espera que tendrán todos los elementos aquí mencionados. No obstante, se recomienda verificar los textos finales de la Directiva y de la Regulación, y con la Directiva hacer seguimiento al proceso de transposición de esta en los estados miembros.

3. ¿En qué consiste la legislación de debida diligencia?

Si bien las legislaciones ya mencionadas tienen grandes y pequeñas diferencias, que elaboraremos en el Anexo, es importante señalar que todas tienen unas características similares. Son básicamente dos los elementos centrales: debida diligencia obligatoria y vigilancia administrativa. Más recientemente se ha desarrollado un tercer elemento, el de la responsabilidad civil.

3.1. Debida diligencia obligatoria:

A las empresas se les impone la obligación de vigilar sus cadenas de suministro, con el fin de señalar riesgos de violaciones de derechos humanos y de mostrar debida diligencia, en otras palabras: tomar las medidas necesarias y posibles para evitarlo o remediarlo. Es importante subrayar que se trata de una responsabilidad de debida diligencia. La empresa en la cadena de suministro

³³ _ United States Congress, *Slave Free Business Certification Act of 2020*, S. 4241 (116th) (2020), Sec 1-5. <https://www.govtrack.us/congress/bills/116/s4241>

³⁴ _ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (23 de febrero 2022). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>

³⁵ _ Preguntas y respuestas sobre las nuevas normas para los productos libres de deforestación (17 de noviembre 2021). https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_5919

tiene su propia responsabilidad legal de no violar los derechos humanos. En el caso de la propuesta de Directiva de la EU esto también incluye tener en la mira a los impactos ambientales. La empresa importadora únicamente es responsable por lo que pueda controlar. En ese sentido no se trata aquí de una obligación de resultado sino de medios. En particular, la propuesta de Directiva de la UE indica seis elementos de lo que es la debida diligencia:

1. Las empresas deben integrar la diligencia debida en las políticas de las empresas.
2. Las empresas deben detectar los efectos adversos reales y potenciales sobre los dd.hh. y el medio ambiente que se derivan de sus propias actividades o de las de sus filiales y, cuando tengan relación con sus cadenas de valor, de sus relaciones comerciales.
3. Las empresas deben adoptar las medidas adecuadas para prevenir o, cuando la prevención no sea posible o no lo sea de forma inmediata, mitigar suficientemente los efectos adversos potenciales sobre los derechos humanos y sobre el medio ambiente que se hayan detectado o que deberían haberse detectado.
4. Las empresas deben adoptar las medidas adecuadas para eliminar los efectos adversos reales que hayan sido detectados o que deberían haberlo sido.
5. Las empresas deben ofrecer a las personas y organizaciones la posibilidad de presentar denuncias cuando alberguen inquietudes legítimas en cuanto a los efectos adversos, reales o potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, las actividades de sus filiales y sus cadenas de valor.
6. Las empresas llevarán a cabo evaluaciones periódicas de sus propias operaciones y medidas, de sus filiales y, cuando estén relacionadas con las cadenas de valor de la empresa, de las de sus relaciones comerciales establecidas, con el fin de supervisar la eficacia de las actividades de detección, prevención, mitigación, eliminación y minimización del alcance de los efectos adversos para los derechos humanos y el medio ambiente.

La propuesta de Regulación de la EU contra la deforestación igualmente especifica cuales son las obligaciones de debida diligencia e identifica tres etapas: 1) garantizar el acceso a la información sobre las parcelas, incluyendo coordenadas geográficas, donde se hayan producido los productos que comercializan, 2) hacer un análisis de riesgo, y 3) tomar medidas de mitigación adecuadas y apropiadas.

3.2. Vigilancia administrativa:

Las legislaciones identifican a una entidad administrativa o autoridad de control encargadas de controlar el cumplimiento de las obligaciones establecidas.

Estas autoridades pueden iniciar investigaciones de oficio o cuando se le hayan notificado inquietudes fundadas. La propuesta de Directiva de la UE además exige como mínimo las siguientes competencias: a) ordenar el cese de las infracciones de las disposiciones, la abstención de toda repetición de la conducta correspondiente, y, en su caso, la adopción de medidas correctivas proporcionadas a la infracción y necesarias para ponerle fin; b) imponer sanciones pecuniarias de conformidad; c) adoptar medidas provisionales para evitar el riesgo de daño grave e irreparable. Si bien en la propuesta de Directiva de la UE se especifica que las autoridades de control serán nacionales, se establecerá una Red Europea de Autoridades de Control, para facilitar la cooperación y coordinación entre estas entidades. Un elemento importante de esta dimensión es que requerirá que las empresas planifiquen y documenten su debida diligencia y todas las medidas que se toman al respecto. Por otro lado, la propuesta de Regulación contra la deforestación prevé un registro central digital para toda la UE, niveles mínimos de inspección, sanciones disuasivas, intercambio de información entre autoridades, y la obligación de responder a las preocupaciones fundadas planteadas por sociedad civil.

3.3. Responsabilidad civil:

Sea donde sea que sucedan los hechos, las personas afectadas por la falta de debida diligencia de las empresas importadoras tendrán acceso a un juez civil que investigará si esta empresa efectivamente no cumplió con su obligación de debida diligencia y si hay un daño causado por esa negligencia, el cual entonces tendría que ser compensado. En la actualidad son solamente pocos los países que ofrecen esta posibilidad. Sin embargo, la propuesta de Directiva de la UE contiene la obligación de integrar la responsabilidad civil en las obligaciones de debida diligencia. Esta responsabilidad no reemplazará la responsabilidad civil de las filiales o de cualquier socio comercial directo o indirecto en la cadena de valor y estará ligada a las obligaciones específicas de debida diligencia. Lo que se contempla es que una empresa que cumpla rigurosamente con estas obligaciones, y que además las tenga bien documentadas podrá blindarse de la responsabilidad civil. En otras palabras, la responsabilidad civil se aplicará de manera restrictiva, sólo en casos de negligencia agravada³⁶.

Como mencionamos anteriormente, en estos tres temas hay diversidad entre la legislación y es probable que ese siga siendo el caso, incluso después de la adopción de una Directiva de la UE. Se pueden considerar como fichas móviles, o puntos de flexibilidad que se irán ajustando con el tiempo. En el [anexo](#) a este documento hemos resaltado algunas de estas variaciones, como por ejemplo 1) ¿A cuáles empresas aplica la obligación de debida diligencia? 2) ¿Cuáles son las obligaciones de debida diligencia que aplican? Y 3) ¿Se incluyó la responsabilidad extracontractual por daños? Una importante diferencia que queda para analizar a

³⁶ _ Páginas 17-20 de la propuesta de la Comisión de la UE.

futuro será la de las diferentes prácticas de las entidades administrativas que van a vigilar las obligaciones de las empresas. De estas prácticas surgirán los estándares, ya más detallados y desarrollados, que se aplicarán a futuro³⁷.

4. ¿Cuáles son las implicaciones?

Se trata aquí de un fenómeno regulatorio bastante novedoso y en pleno desarrollo incipiente. Hay muchos detalles por aclarar y por lo menos en la propuesta de Directiva de la UE la Comisión de la Unión Europea se da la tarea de acompañar, dar seguimiento y de seguir desarrollando este innovador régimen regulatorio y administrativo. Es sin embargo posible hacer algunas proyecciones. Nuestro argumento es que se trata aquí de un cambio sistémico, un *game changer*, que obliga a todos los actores a reorientarse y reenfocar sus prioridades. Esta observación hace necesario hacer un ejercicio riguroso de análisis estratégico que permita prever las maneras en las que el paisaje general de las cadenas de suministro global se verá afectado y transformado. Explicaremos a continuación cuales son las implicaciones para los diferentes actores.

4.1. Para las empresas importadoras:

Para entender bien las implicaciones hay que pensar en dos contextos diferentes. De un lado está la jurisdicción, por ejemplo, la europea, en la que se adopta esta legislación y en la que se identifican las empresas que tienen que internalizar la debida diligencia y reportarla a las respectivas entidades administrativas. Estas empresas deben desarrollar formas de hacer esto, integrarlas en sus protocolos internos de *compliance*, desarrollar y seguir las buenas prácticas de otras empresas, si acaso incidir en el proceso normativo para que se desarrollen formatos a seguir. Irónicamente, estas empresas van a querer más, no menos, reglamentación, para de esta manera saber mejor a qué atenerse. Mucho dependerá de los detalles de la legislación, de las tendencias y los precedentes de la vigilancia administrativa, y de los casos sonoros que hacen mucho ruido y que fijan ejemplos a seguir o a evitar. Habrá un periodo de transición en el cual habrá incertidumbre, pero poco a poco se irá arreglando el panorama normativo y las formas de hacer las cosas.

El eje central, sin embargo, va a estar en la relación entre las empresas importadoras (por ejemplo, en la UE) y las empresas exportadoras (por ejemplo, en América Latina). Ahí es donde está el impacto más importante de esta legislación que en el fondo lo que busca es reconfigurar las relaciones entre los diferentes eslabones en la cadena de suministro. Para las empresas importadoras surge con esta legislación una nueva preocupación: ¿qué hacer si en nuestra cadena de suministro hay problemas relacionados a los derechos humanos o al medio

37_ OHCHR, *Enforcement of Mandatory Due Diligence: Key Design Considerations for Administrative Supervision* (Octubre de 2021), <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-11/ohchr-shift-enforcement-of-mhrdd.pdf>

ambiente? De ser ese el caso, cualquier descuido de nuestra parte podría resultar en consecuencias, en el peor caso incluso de responsabilidad extracontractual. De cualquier manera, incluso en los mejores casos, estas empresas tendrán que documentar su debida diligencia, sus esfuerzos de vigilancia y las medidas que han tomado para mitigar cualquier riesgo que pueda haber. Ese esfuerzo de debida diligencia se volverá parte de la selección de los proveedores en las cadenas de suministro.

En otras palabras, al buscar proveedores en, por ejemplo, América Latina, las empresas importadoras querrán asegurarse de que existe un bajo nivel de riesgo en el área de derechos humanos, derechos laborales y derechos ambientales. Aun no es muy clara la forma en la que ese escrutinio tendrá lugar. Si se trata de empresas grandes, harán sus propias investigaciones, mientras que las empresas más pequeñas tercerizarán ese esfuerzo a analistas de riesgo o a otras empresas especializadas en ofrecer ese tipo de servicios. Aquí veremos seguramente un régimen de certificadores, ofreciendo medir los niveles de riesgo, y será a la empresa importadora decidir qué tanto puede confiar en la certificación. Sin embargo, más allá del momento de selección, más allá del momento en el que la empresa importadora decide contratar a un particular proveedor, es de esperarse que la legislación de debida diligencia impacte en las relaciones contractuales con ese proveedor. Es muy probable que los contratos de compra y venta contengan cláusulas mediante las cuales las empresas proveedoras asumen un alto grado de responsabilidad por cualquier situación en la que puedan quedar implicadas las empresas importadoras. De esta manera las empresas importadoras buscarán blindarse frente a cualquier riesgo que pueda surgir. No obstante, seguirán teniendo que cumplir con las obligaciones administrativas y seguir documentando su debida diligencia.

4.2. Para las empresas exportadoras:

Frente a ese panorama se abre una tarea nueva y compleja para las empresas que busquen integrarse a las cadenas de suministro globales, sobre todo las cadenas de suministro que van a la Unión Europea o algunos de los otros países que tengan legislaciones de esta índole. Se trata aquí de cualquier empresa, en cualquier parte del mundo, que quiera exportar a estos países. Van a encontrar nuevas y complejas exigencias. Si bien en la gran mayoría de los casos se trata de empresas que operan con estándares altos de comportamiento, no va a ser suficiente haber socializado internamente los principios rectores y demás elementos de la responsabilidad social empresarial. No va a ser suficiente ser una empresa que cumple con toda la normativa.

Primero que todo, lo que van a buscar los clientes importadores va a ser un nivel muy bajo de *riesgo* de que suceda algo que pueda incidir en la responsabilidad. Y segundo, van a querer alguna garantía o por lo menos documentación de

que se tomaron todas las medidas de precaución posible. Si bien eso le impondrá una carga a veces desproporcionada a muchas empresas, será importante tener en cuenta que este efecto será generalizado en todo el mercado. Un efecto importante puede ser que el tema del riesgo en las áreas de derechos humanos, laborales y de medio ambiente se convierte en un factor que determina la competitividad de una empresa exportadora. En otras palabras: a las empresas se les abre un área adicional en la cual tienen que competir con sus pares. Por ahora y durante un buen tiempo no será muy claro qué tan importante va a ser este factor en medio de todos los demás que determinan la competitividad de las empresas exportadoras. Sin embargo, es recomendable que se vayan tomando medidas de estudio y preparación. Aquí también es de esperarse que haya certificadores que hacen el análisis de riesgo y si son reconocidos el exportador podrá ofrecer sus productos con una certificación de bajo riesgo, y así perfilarse en el mercado.

4.3. Un cambio de paradigma

Es importante tener en cuenta algunos cambios puntuales, para ilustrar como se trata aquí de un cambio de paradigma cuyas implicaciones son sistémicas. Todos los participantes en el área del comercio internacional, sean las empresas que exportan desde América Latina, sean las que importan desde los países europeos y otros, sean los Estados o la misma sociedad civil, tendrán que reenfocar sus actividades para reaccionar bien ante las implicaciones de esta legislación. En breve:

- El tema de la responsabilidad social empresarial va a pasar a ser parte del tema de *compliance*, y dejará de ser parte del portafolio de las relaciones públicas y el mercadeo.
- Pasaremos de un paradigma en el cual el sector privado pide menos regulación a un paradigma en el cual el mismo sector pide más reglas claras, para poder calibrar mejor su cumplimiento de la debida diligencia.
- Se trata aquí de una nueva infraestructura de gobernanza, a la que se le pueden añadir nuevas obligaciones o nuevos enfoques. Ahora son los derechos humanos. Se le han añadido temas de medio ambiente, y más adelante podrá haber más obligaciones. Ya las empresas que comercian internacionalmente internalizarán las dimensiones de la debida diligencia, pero ya para los Estados también será más fácil usar este medio para regular todo tipo de actividades.
- El nuevo nombre del juego es el del *análisis de riesgo*. Los derechos humanos, laborales, y ambientales seguirán obligaciones judiciales. Sin embargo, la debida diligencia obligatoria obliga a enfocar el riesgo de una violación, y no en la obligación misma. Esto implica un importante cambio de perspectiva, un análisis de contextos y una cartografía de las partes interesadas (los

stakeholders) y sus intereses y condiciones. Implica abrir canales de comunicación e implica actuar antes de que haya violaciones, incluso actuar para evitar que haya violaciones de derechos humanos.

- El análisis de riesgo será cada vez más tercerizado y es inevitable que surjan mecanismos público-privados de certificación, con el cual las empresas exportadoras pueden comunicar más claramente su nivel de riesgo.
- Las empresas que operan en regiones de conflicto armado o de conflicto social estructural tendrán grandes desafíos para ganarse la confianza de sus clientes. Pueden ver afectadas seriamente su posición en los mercados internacionales.

4.4. Para las organizaciones de sociedad civil

El análisis de riesgo empieza por la identificación de los grupos interesados. Si bien eso puede variar por contexto, por lo general se pueden identificar dos grupos. Se trata en primera instancia los trabajadores y en segunda instancia las comunidades. En el peor de los casos la legislación de debida diligencia crea la posibilidad de tener un fuero en el que se puede buscar la responsabilidad civil y alguna forma de compensación por los daños. Un ejemplo está en el litigio ante una corte francesa, contra una cadena de supermercados, en la que organizaciones indígenas brasileñas y colombianas buscan responsabilizar a la empresa francesa por su negligencia en la protección de los derechos humanos y ambientales³⁸.

Es esencial sin embargo mirar más allá de la posibilidad de litigio. Como hemos observado, el cambio fundamental sucede en la relación entre la empresa importadora y la empresa exportadora. El régimen de debida diligencia obligatoria es un régimen que gobierna las cadenas de valor y en este sentido va mucho más allá que un fuero judicial para grupos interesados. El énfasis en la prevención y el control de riesgos implica que las empresas en la cadena de suministro deben tener en cuenta a los grupos interesados. Implica que necesitan establecer canales de diálogo y concertación. Si una empresa exportadora se niega al diálogo o a la concertación, el régimen de debida diligencia obligatoria permite que las partes interesadas se comuniquen directamente con la empresa importadora, en otras palabras, con el cliente de la empresa exportadora. El régimen de debida diligencia obliga a esa empresa exportadora a tomar en serio las comunicaciones de sociedad civil, a evaluarlas seriamente, a calcular el riesgo que exhiben y a tomar medidas al respecto, presionar al exportador y en últimas a buscar a otro proveedor. En otras palabras, el régimen de debida diligencia obligatoria requiere diálogo constante y concertación.

Es necesario hacer un análisis sectorial, ya que estamos hablando de contextos muy variados y de circunstancias que pueden diferir radicalmente. En un contexto podemos hablar de deforestación, grupos paramilitares y pueblos indígenas. En otro contexto de una fábrica de textiles en un ambiente urbano. Lo importante

³⁸ _ Centro de Información Sobre Empresas y Derechos Humanos, *Brazil & Colombia: Amazon Indigenous communities & NGOs sue supermarket casino under French due diligence law over deforestation & human rights violations* (3 de marzo de 2021), último acceso: 27 de abril de 2022, <https://www.business-humanrights.org/pt/%C3%BAltimas-not%C3%ADcias/brazil-colombia-amazon-indigenous-peoples-ngos-sue-supermarket-casino-under-french-due-diligence-law-over-deforestation-human-rights-violations/>

es internalizar que el escenario ideal, digamos el horizonte normativo que propone el régimen de debida diligencia es uno de diálogo y concertación. Así es que se articula el interés, no solo de las empresas, nacionales o extranjeras, sino el de los mismos trabajadores y de las comunidades. Las denuncias y la posibilidad de responsabilidad civil son instrumentalizaciones del objetivo real: la concertación para evitar violaciones de derechos humanos y afectaciones al medio ambiente.

Finalmente, sociedad civil puede participar también en la tarea de certificación de riesgo. En esto podrá desarrollar buenas prácticas y protocolos de concertación y de vigilancia, pero también podrá vigilar a los certificadores comerciales e incluso estatales.

4.5. Para los Estados que buscan integrar sus economías en las cadenas globales de suministro

Uno podría criticar el régimen de debida diligencia obligatoria por representar una especie de gobierno transnacional mediante el cual unos países imponen una normativa sobre otros. Uno podría incluso decir, exageradamente, que es una especie de imperialismo o neocolonialismo. Y bien, los procesos descritos aquí no producen, sino que reiteran las divisiones entre el centro y la periferia global. Las empresas en los países del Norte son las que organizan gran parte de las cadenas globales de valor, son las que se han beneficiado de la dependencia de los países del Sur Global de atraer inversión extranjera, del Norte Global, y de exportar, también hacia el Norte Global, donde están los grandes mercados.

En esa economía política ya viene siendo un hecho, desde hace mucho tiempo, que la huella jurisdiccional del Norte Global pisa duro en el Sur Global. Sea en la protección de inversiones extranjeras, en el desarrollo de medidas sanitarias, en la adopción de regímenes de protección de propiedad intelectual, y en muchos otros temas, el Norte Global legisla y el Sur Global se adapta de la mejor manera posible, con tal de conectarse cada vez más a los centros de la economía global.

El régimen de debida diligencia obligatoria opera, en este sentido, en el contexto de un reto ya familiar: ¿Cómo asimilar este fenómeno regulatorio para prosperar en la economía global? Una respuesta es la ya familiar: entre mejor se asimile mejor se podrá competir con otros países similares, que también buscan competir por integrar las mismas cadenas de valor. La tarea del Estado del Sur Global entonces parece clara: hay que asimilar bien el régimen de debida diligencia. Una manera de hacer esto es ayudando los procesos de diálogo y concertación entre empresas y *stakeholders*, sobre todo priorizando los sectores económicos donde más difícil es y donde más beneficio puede haber en esa integración a la economía global. Esto requiere un espíritu innovador: por ejemplo, se puede integrar la concertación con sociedad civil en el derecho societario y en la gobernanza empresarial³⁹.

39_ Lenore Paladino, Kristina Karlsson, Towards accountable capitalism: remaking corporate law through stakeholder governance en: *Harvard Law School Forum on Corporate Governance* (2019). San-Jose, L. & Retolaza, J. L. (2012). Participación de los stakeholders en la gobernanza corporativa: fundamentación ontológica y propuesta metodológica. *Universitas Psychologica*, 11(2), 619-628

Lo que requiere menos imaginación es imponer, mediante legislación, el mismo régimen de debida diligencia a las empresas nacionales, para que así estén sintonizadas con las empresas en otros países. No obstante, hay que hacer más. Será también importante que el Estado regule el análisis de riesgo por parte de terceros. Esto se puede hacer por ejemplo mediante un régimen de certificación, para así garantizar la credibilidad de las empresas nacionales y de las formas como ellas reportan sus niveles de riesgo.

Sólo si se asume una posición estratégica, y se analiza cuales sectores económicos requieren más intervención, se puede asimilar de manera inteligente las implicaciones del régimen de debida diligencia obligatoria. Este tipo de cambios generaran todo tipo de resistencias, pero el Estado puede ofrecer el liderazgo necesario para contribuir al cambio de mentalidad necesario. Lo que se presenta aquí no es únicamente una nueva infraestructura de gobernanza de las cadenas globales de valor, sino una nueva manera de entender los derechos humanos y su integración con los procesos de desarrollo económico. En otras palabras, representa una nueva manera de entender el orden constitucional global y nacional.

5. Conclusiones y recomendaciones

“Queremos ser un país pro-empresa”⁴⁰

En medio de las incertidumbres internacionales actuales es particularmente delicado hacer predicciones. Sin embargo, parece claro que la tendencia legislativa aquí analizada no tiene marcha atrás. Por un lado, viene desarrollándose desde hace tiempo y con cada vez más participación del sector privado. Este ha entendido que la mejor manera de prevenir la competencia desleal por parte de los que no toman en serio las condiciones sociales en sus cadenas de suministro es de imponer una norma que obliga a todos a hacerlo. Paradójicamente si acaso, se busca así salvaguardar la libre competencia y nivelar la cancha de juego. Por otro lado, ya varias de las grandes economías europeas están a bordo, con legislación nacional vigente, por lo cual estas tienen todo el incentivo para impulsar una legislación más internacional y así, nuevamente, nivelar la cancha de juego. Si bien hay muchos países y otras regiones en el mundo que no tienen estas prioridades, también es cierto que la huella jurisdiccional de la Unión Europea, también conocida como el “efecto Bruselas”⁴¹, es profunda, y que además es cuestión de tiempo antes de que otras economías importantes, como los EE. UU., adopten medidas que impulsen a sus empresas a mejor vigilar sus cadenas de suministro.

Es cierto que por ahora parece haber mucha diversidad entre las diferentes legislaciones nacionales. Eso puede producir confusión y exigirá un esfuerzo adicional de coordinación. Sin embargo, lo más probable es que los diferentes mercados y los diversos gremios vayan desarrollando buenas prácticas que pecarán más por amplias que por estrechas. En otras palabras, hay que prepararse para una tendencia hacia el nivel más exigente. Cabe resaltar que esto dependerá del

40_ Presidente Iván Duque, V Congreso Capital Privado y Capital Emprendedor, Bogotá, 26 de abril 2022.

41_ Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (2020).

sector económico, del mercado y de los gremios implicados. No obstante, un alto nivel de atención está en su lugar.

Se trata aquí de una nueva infraestructura de gobernanza que busca limitar los abusos que se han venido cometiendo en muchas cadenas globales de suministro. Si bien esta infraestructura ha tenido originalmente un enfoque estrecho, ahora se está viendo cómo puede ser una manera muy eficaz de agregarle toda una serie de normatividades. En cierto sentido esto la lógica conclusión del proceso de globalización económica que venimos viendo desde finales del siglo pasado: los mercados se integran mejor cuando hay una integración regulatoria. Por otro lado, se le presenta ahora a los países del Sur Global como una condición: si se quiere acceso a los mercados europeos y de un creciente número de otros mercados, hay que poder mostrar que se cumple con los requisitos del régimen de debida diligencia obligatoria. Si se analiza con cuidado lo que se pide es totalmente razonable. Sin embargo, la implementación de este régimen aún está por verse lo que implica que el énfasis debe, por ahora, estar en el análisis de las implicaciones en sus diferentes contextos.

Por todas estas razones consideramos que ser un país pro-empresa significa que el Estado, los gremios y sociedad civil deben abordar este nuevo paradigma de la mejor manera posible, para poder identificar las mejores estrategias y resolver, en la medida de lo posible, lo que haya que resolver.

Recomendaciones

– Cada sector debe analizar las implicaciones concretas

Se necesita, a corto plazo, identificar cuáles van a ser los efectos inmediatos de la legislación de debida diligencia obligatoria. ¿Cuáles van a ser los sectores económicos más afectados y cuáles son las políticas públicas que mejor pueden ayudar a contrarrestar cualquier impacto negativo? En general, hace falta una mejor comprensión de las nuevas dinámicas que van a operar en las cadenas globales de suministro. Es importante tener un enfoque diferenciado, ya que no todos los sectores económicos se van a ver afectados de la misma manera. Teniendo en cuenta que estamos entrando en un período de transición es urgente establecer redes de actores, gremios, del sector público y privado, de sociedad civil y de la academia, para examinar bien y detalladamente las implicaciones ya descritas, y otras aun por identificar. Se recomienda a los gremios que fortalezcan su capacidad de coordinación y cooperación, para así incrementar la capacidad de anticiparse a las necesidades del mercado y fortalecer su posición competitiva.

– Se necesita un régimen de certificaciones

Es de esperarse que las empresas importadoras le impondrán los costos del análisis de riesgo a las empresas exportadores, y que en esto busquen una

42_ Comisión Europea de la Unión Europea, Preguntas y respuestas sobre las nuevas normas para los productos libres de deforestación (17 noviembre 2021). https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_5919

calidad y fiabilidad garantizada por medio de una certificación. Es imperativo que se regule el gremio y el proceso de certificaciones para garantizar que las empresas exportadoras, sobre todo las pymes, puedan cumplir con las expectativas de sus clientes de la mejor y más económica manera. El régimen de debida diligencia exigirá un control de calidad y fiabilidad de los análisis de riesgo, y en esto los países exportadores tendrán que vigilar su posición competitiva.

– Hacia una concertación social, bajo el liderazgo del Estado

El Estado tiene un papel muy importante que jugar en este proceso. El régimen de debida diligencia exige una concertación de todas las partes interesadas. En este proceso debe haber consultación y concertación no sólo con las empresas, sino con sociedad civil, en particular con las organizaciones de derechos humanos, derechos laborales, sindicatos, y organizaciones ambientales. Además, es imperativo incluir a organizaciones de campesinos, grupos afrocolombianos, originarios e indígenas, igual que representantes de líderes sociales en todos los territorios. Sólo con una amplia e incluyente concertación de todos los sectores interesados se puede preparar de manera robusta el sector empresarial para la competencia del Siglo XXI.

Bibliografía Selecta

- Anónimo, Note: Organizational Irrationality & Corporate Human Rights Violations, *Harvard Law Review* Vol.122 (2009), p.1931-1952.
- Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (2020).
- Vincent Chetail, The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward, en: *Unity and Diversity of International Law. Essays in honor of Pierre-Marie Dupuy* (2013), 105-130.
- Gary Gereffi, Miguel Corzeniewicz, *Commodity Chain and Global Capitalism* (1993).
- Luis Gallegos, Daniel Uribe, The Next Step Against Corporate Impunity: A World Count in Business and Human Rights? En: *Harvard International Law Journal* (2016), Vol. 57, 7-10.
- Instituto interamericano de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina* (2017).
- Moisés A. Montiel Mogollón y Salvador Herencia-Carrasco, ¿Una Norma de empresas y derechos humanos en la Constitución de Chile? Implicaciones para Chile y América Latina, en: *Agenda Estado de Derecho*, (1 de marzo de 2022), ultimo acceso: 25 de abril de 2022.
- Pablo Pérez Tremps, Peter Hood, Julián Tole Martínez, *Derechos Humanos y empresa: Balance y Situación Actual Sobre el Cumplimiento de los Tres Pilares* (2020).
- Patrick Simon Perillo, The role of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the National Contact Points in Shaping the Future of Corporate Accountability, en: *International Community Law Review* (2022), 36-56.

Lenore Paladino, Kristina Karlsson, Towards accountable capitalism: remaking corporate law through stakeholder governance en: *Harvard Law School Forum on Corporate Governance* (2019).

Cesar Rodríguez Garavito, *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI* (2018).

Elizabeth Salmón, Lorena Bazay, Belén Gallardo, Cristina Blanco, Gustavo Zambrano, *La Progresiva Incorporación de las Empresas: En la Lógica de los Derechos Humanos* (2016).

San-Jose, L. & Retolaza, J. L. (2012). Participación de los stakeholders en la gobernanza corporativa: fundamentación ontológica y propuesta metodológica. *Universitas Psychologica*, 11(2), 619-628

Bruno Simma, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?, *International & Comparative Law Quarterly* 60 :3, July 2011, pp. 573 – 596.

Anexo

Anexo 1. Tabla de legislación de debida diligencia, en orden cronológico

País y Legislación, en orden cronológico	Características principales
<p>California (EE. UU.), Ley de transparencia en las cadenas de suministro de California del 2010 (<i>California Transparency in Supply Chains Act 2010</i>).</p> <p>Susy Bullock, Pierre-Emmanuel Fender, Perlette Jura, Oliver Welch y Finn Zeidler, Gibson Dunn Discusses Mandatory Corporate Human Rights Due Diligence, en <i>The CLS Blue Sky Blog</i> (24 de marzo de 2021), último acceso 16 de abril de 2022.</p> <p>https://clsbluesky.law.columbia.edu/2021/03/24/gibson-dunn-discusses-mandatory-corporate-human-rights-due-diligence/</p> <p>Organización Internacional de Empleadores (IOE), <i>Key developments in mandatory human rights due diligence and supply chain law</i> (septiembre 2021), último acceso 16 de abril de 2022.</p> <p>https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=156042&token=ee1bad43bfa8dbf9756245780a572ff4877a86d5</p>	<p>Ámbito de aplicación:</p> <p>Esta ley les exige a las empresas que tomen medidas de debida diligencia en cuanto a violaciones a los derechos humanos. En esta se contempla específicamente la prohibición al tráfico humano y a la esclavitud dentro de cualquier etapa de la cadena de suministro de las empresas. Además, es aplicable a vendedores minoristas o fabricantes que desarrollen negocios en California y que cuenten con ingresos anuales brutos que superen los 100 millones de dólares (USD).</p> <p>Obligaciones de debida diligencia</p> <p>Esta ley les otorga a las empresas una obligación de transparencia en aspectos como: 1) Verificación en la cadena de suministro para evaluar y abordar los riesgos relacionados con el tráfico humano y la esclavitud. 2) Realizar y conducir auditorías para evaluar si los estándares de la compañía cumplen con la protección del tráfico humano y la esclavitud. 3) Requerir a los proveedores directos la certificación correcta para que los materiales incorporados al producto cumplan con las leyes de esclavitud y tráfico humano. 4) Mantener internamente estándares y procedimientos para que los empleadores y proveedores cumplan con una rendición de cuentas en concordancia con los estándares de esclavitud y tráfico humano. 5) Proveer a los empleados y a la gerencia una gestión y capacitación en esclavitud y tráfico humano para mitigar riesgos de esta clase dentro de la cadena de suministro.</p> <p>¿Responsabilidad civil?</p> <p>Una violación a esta ley implica una acción presentada por el fiscal general de California ante un tribunal para que se genere un requerimiento judicial. Sin embargo, se afirma que este remedio hasta la fecha no ha sido muy utilizado.</p>

Continúa

<p>Reino Unido, “Ley de esclavitud moderna del 2015” (“<i>United Kingdom Modern Slavery act 2015</i>”) Fecha de adopción: marzo 25 de 2015, Entrada en vigor: octubre 29 del 2015.</p> <p>https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted</p> <p>Organización Internacional de Empleadores (IOE), <i>Key developments in mandatory human rights due diligence and supply chain law</i> (septiembre 2021), último acceso 16 de Abril de 2022.</p> <p>https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=156042&token=ee1bad43bfa8dbf9756245780a572ff4877a86d5</p>	<p>Ámbito de aplicación:</p> <p>Este acto dicta la obligación que tienen las empresas dentro del Reino Unido sobre derechos humanos. Esta es una obligación de reportar de manera transparente las violaciones de derechos humanos que involucran el tráfico humano y la explotación en ámbitos como la explotación sexual y la esclavitud.</p> <p>Obligaciones de debida diligencia</p> <p>En este caso el acto del Reino Unido no involucra como tal obligaciones de debida diligencia, pero sí existe una obligación de las empresas de reportar violaciones a los derechos humanos dentro de la cadena de suministro. En dicho acto se provee la definición de esclavitud y de tráfico humano para enmarcar los derechos que se protegen dentro del acto y que las empresas deberán respetar.</p> <p>¿Responsabilidad civil?</p> <p>Si las compañías no logran cumplir con las obligaciones otorgadas por este acto, es posible que se les aplique un “<i>injunction</i>” la cual es una orden que en este caso viene del tribunal supremo del Reino Unido para que se le instruya a la empresa el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el acto. Si la empresa no cumple con la obligación de reportar las violaciones será posible que sufra penas representadas en multas.</p> <p>Además, se incluyeron “órdenes provisionales de riesgo de esclavitud y tráfico humano” en las cuales se le prohíbe al acusado hacer cualquier cosa descrita en la orden. Lo que se encuentra descrito puede ser prohibido en cualquier parte del Reino Unido o incluso por fuera de este.</p>
<p>Francia, Ley N.º 2017-399 de 27 de marzo de 2017 relativa al deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas ordenantes. Ley de Vigilancia (<i>Loi de Vigilance</i>) “<i>LOI no 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre</i>”. Fecha de adopción: 27 de marzo de 2017.</p> <p>Asamblea Nacional de Francia y el Senado de Francia, <i>ley N.º 2017-399 de 27 de marzo de 2017 relativa al deber de vigilancia de las sociedades matrices y empresas ordenantes</i> (27 de marzo de 2017), Arts. 1-4.</p> <p>https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=9aawcYcwwkntYs2UUCMwL4iX_erjixoTD_Jy3AVXRFk=</p> <p>Susy Bullock, Pierre-Emmanuel Fender, Perlette Jura, Oliver Welch y Finn Zeidler, Gibson Dunn Discusses Mandatory Corporate Human Rights Due Diligence, en <i>The CLS Blue Sky Blog</i> (24 de marzo de 2021), último acceso 16 de abril de 2022.</p> <p>https://clsbluesky.law.columbia.edu/2021/03/24/gibson-dunn-discusses-mandatory-corporate-human-rights-due-diligence/</p>	<p>Ámbito de aplicación:</p> <p>La ley incluye medidas de vigilancia para identificar los riesgos y prevenir violaciones graves a los derechos humanos, a las libertades, a la salud, a la seguridad y al medio ambiente dentro de las empresas. En esta ley la debida diligencia incluye las actividades de los subcontratistas o proveedores con los que se mantenga una relación comercial establecida, cuando estas actividades estén vinculadas a esta relación.</p> <p>Estas obligaciones le son aplicables a empresas que cuenten con al menos 5,000 trabajadores en ella y en sus filiales directas o indirectas, que estén domiciliadas en territorio francés o a empresas que tengan al menos 10,000 trabajadores en estas o en sus filiales y cuyo domicilio se encuentre en territorio francés o en el exterior.</p> <p>Obligaciones de debida diligencia</p> <p>A través de esta ley las empresas se encuentran en la obligación de implementar un plan de vigilancia en el cual se adecuen medidas que identifiquen y prevengan riesgos de violaciones a los derechos humanos en las empresas y sus filiales.</p> <p>¿Responsabilidad civil?</p> <p>En este caso la ley establece una acción civil por medio de la cual las empresas pueden ser demandadas por cualquier tercero por los daños y perjuicios causados. Además, se puede demandar por cualquier daño causado por las empresas, sus filiales, los subcontratistas y hasta por los proveedores si se logra probar que la correcta aplicación del plan de vigilancia de las empresas hubiera podido evitar el daño.</p>

Continúa

<p>Unión Europea, Reglamento UE 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.</p> <p>https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0821</p>	<p>Ámbito de aplicación:</p> <p>Este Reglamento obliga a los importadores de la Unión Europea (UE) de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro (3TG por sus siglas en inglés), cuyas importaciones anuales estén por encima de determinados umbrales, a actuar con la diligencia debida en su cadena de suministro con el objetivo de garantizar que los productos que compran han sido extraídos de modo responsable y no contribuyen a financiar conflictos u otras prácticas ilegales relacionadas.</p> <p>Obligaciones de debida diligencia</p> <p>Para garantizar y demostrar que los minerales que compran se han obtenido de forma responsable, las empresas importadoras deben introducir sistemas y procesos de gestión interna convenientemente documentados, con el fin de identificar, gestionar e informar sobre los riesgos de su cadena de suministros (riesgos de que los minerales y metales que adquieren se hayan podido obtener de zonas de conflicto, vulnerando los derechos humanos o pudiendo haber contribuido a financiar conflictos bélicos).</p> <p>¿Responsabilidad civil?</p> <p>No se prevé responsabilidad civil, pero las autoridades pueden hacer investigaciones y sancionar a infracciones.</p>
<p>Países Bajos, Ley de países bajos de debida diligencia sobre trabajo infantil (<i>Wet zorgplicht kinderarbeid</i>). Fecha de adopción: 24 de octubre de 2019, Fecha de entrada en vigor: La presente ley entrará en vigor en una fecha que se determinará mediante Real Decreto, pero no antes del 1 de enero de 2020.</p> <p>https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.html</p> <p>Suzanne Spears, Mandatory human rights due diligence laws: the Netherlands led the way in addressing child labor and contemplates boarder action, en Allen & Overy (2 de septiembre de 2020), ultimo acceso: 16 de Abril del 2022.</p> <p>https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/mandatory-human-rights-due-diligence-laws-the-netherlands-led-the-way-in-addressing-child-labour-and-contemplates-broader-action</p>	<p>Ámbito de aplicación:</p> <p>La ley de los Países Bajos busca que las empresas dedicadas a la manufactura o al consumo de productos que tengan implicaciones por ejercer trabajo infantil dentro de sus operaciones y además que se investiguen los tipos de trabajo infantil que se ven involucrados en la producción de los bienes y servicios de estas. La ley puede ser aplicada a compañías registradas en Países Bajos y a compañías de afuera que vendan y distribuyan servicios a clientes neerlandeses.</p> <p>Obligaciones de debida diligencia</p> <p>En este caso se introduce una ley donde se establecen obligaciones de debida diligencia para que las empresas vigilen si dentro de su cadena de suministro se han producido bienes y servicios haciendo uso del trabajo infantil. A partir de esto, si se encuentra que las empresas hicieron uso del trabajo infantil será necesario que se proceda con un plan de acción que se llevará a cabo con una o más organizaciones sociales de trabajadores u organizaciones aprobadas por el ministerio de comercio exterior. Se podrán presentar quejas a las empresas y estas tendrán 6 meses para resolverlas. Si se encuentra que la compañía violó la ley un regulador designado por el organismo regulador encargado deberá proveer un plan de acción para que la empresa lo ejecute.</p> <p>¿Responsabilidad civil?</p> <p>En el caso de la ley neerlandesa, es posible que las personas que se vean afectadas interpongan una queja por violaciones a sus derechos y si la compañía no resuelve el asunto dentro de los seis meses siguientes, un regulador podrá tomar un plan de acción legal vinculante que puede resultar en multas u otras medidas.</p> <p>Las empresas que entren en esta regulación y no presenten una declaración de debida diligencia serán sometidas a una multa de EUR 4,100. Por otro lado, las compañías que no entreguen un reporte de debida diligencia siguiendo todos los estándares admitidos para estas tendrán que pagar una multa de hasta EUR 870,000 o el 10% de la facturación total anual de la empresa.</p>

Noruega, Ley relativa a la transparencia de las empresas y al trabajo en derechos humanos fundamentales y condiciones dignas de trabajo (Ley de Transparencia), ("Åpenhetsloven"). Fecha de adopción: junio 2021 Entrada en vigor: 1 de julio de 2022.

Ministerio de menores y familias, *Act relating to enterprises transparency and work on fundamental rights and decent working conditions*, (1 de Julio de 2022).

<https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2021-06-18-99>

Morten Gullhagen-Revling, Line Voldstad, Hugo-A. B. Munthe-Kaas, *New act regarding transparency of companies compliance to fundamental human rights and working conditions*, ultimo acceso: Abril 16 de 2022.

<https://norway.dlapiper.com/en/pdf/news/3248>

Organización Internacional de Empleadores, *Key developments in mandatory human rights due diligence and supply chain law*, en IOE (septiembre 2021), ultimo acceso 16 de Abril de 2022.

<https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=156042&token=ee1bad43bfa8dbf9756245780a572ff4877a86d5>

Alemania, Ley de Obligaciones de Debida Diligencia Empresarial para la Prevención de Violaciones a los Derechos Humanos en las Cadenas de Suministro ("*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*"). Fecha de adopción: Julio 16 de 2021, Fecha de entrada en vigor: 1 de enero de 2023.

Traducción en inglés:

https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf;jsessionid=C4F9EE6EADA53C882D5976C9379C4DFA.delivery1-replication?__blob=publicationFile&v=3

Susy Bullock, Pierre-Emmanuel Fender, Perlette Jura, Oliver Welch y Finn Zeidler, *Gibson Dunn Discusses Mandatory Corporate Human Rights Due Diligence*, en The CLS Blue Sky Blog (24 de Marzo de 2021), ultimo acceso 16 de Abril de 2022.

<https://clsbluesky.law.columbia.edu/2021/03/24/gibson-dunn-discusses-mandatory-corporate-human-rights-due-diligence/>

Ámbito de aplicación:

Esta ley ordena a las empresas llevar a cabo una debida diligencia en su cadena de suministro de conformidad con las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. A los efectos de esta Ley, la diligencia se llevará a cabo con regularidad y en proporción al tamaño de la empresa, la naturaleza de la empresa, el contexto de sus operaciones, la gravedad y probabilidad de impactos adversos sobre los derechos humanos fundamentales y las condiciones de trabajo decentes. Esto aplica a empresas que cumplan uno de los dos requisitos 1) tener por lo menos 50 "man years" 2) empresas con una facturación de al menos 70 millones de coronas noruegas; que tengan un saldo de al menos 35 millones de coronas noruegas (EUR 3,666,034 aprox).

Obligaciones de debida diligencia

Las empresas deberán incorporar una conducta empresarial responsable dentro de las políticas empresariales. Además, deberán identificar y evaluar los impactos adversos reales y potenciales a los derechos humanos dentro de sus organizaciones y con respecto al trabajo en condiciones decentes y adecuadas.

¿Responsabilidad civil?

En cuanto a la responsabilidad, la autoridad del consumidor es la encargada de encontrar si hay una violación a la ley y a los derechos humanos. Si dicha autoridad encuentra una violación podrá adquirir una autorización legal en donde se le autorice terminar la relación ilegal o hasta podrá tomar las decisiones pertinentes como imponer multas o tarifas por violación.

Ámbito de aplicación:

La ley establece que las empresas tienen la obligación de identificar, asesorar y remediar los derechos humanos en las empresas con el fin de prevenir y minimizar los riesgos relacionados a los derechos humanos, al medio ambiente o riesgos relacionado a violaciones de derechos humanos en las empresas.

Según la ley estas obligaciones aplican desde enero de 2023 para empresas que tengan su administración central en Alemania y que tengan más de 3000 empleados. Además, aplica también para compañías registradas en Alemania o compañías extranjeras registradas. Por otro lado, desde 2024, aplica a Compañías alemanas con más de 1000 empleados o empresas a extranjeras registradas con más de 1000 empleados.

Obligaciones de debida diligencia

A través de esta ley las empresas tienen la obligación de introducir a sus operaciones un proceso de debida diligencia para identificar, asesorar, prevenir y remediar violaciones a los derechos humanos y del medio ambiente. Estas deben hacerlo a través de un sistema de análisis de riesgo en donde se evalúen y se mitiguen riesgos. Además, se deben llevar a cabo actos de remedio cuando se presenten violaciones a los derechos humanos en las empresas, sus filiales y por sus proveedores directos.

¿Responsabilidad civil?

Cuando haya incumplimientos de estas obligaciones por parte de las empresas, estas se enfrentarán a sanciones como multas de hasta el 2% de la facturación media mundial y de sanciones de exclusión en la contratación del sector público hasta por tres años.

Con respecto a la responsabilidad civil, en el acto se crea la posibilidad que las ONGs acudan a un tribunal alemán en nombre de las personas que se vean afectadas o si existe duda que los derechos humanos fueron violados por las empresas.

Suiza, Iniciativa suiza de negocios responsables (“Konzernverantwortungs Initiative”). Entrada en vigor: 1 de enero de 2022.

‘Initiative populaire fédérale “Entreprises responsables: pour protéger l’être humain et l’environnement”.

<http://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis462t.html>

Traducción en inglés:

https://corporate-responsibility.org/wp-content/uploads/2019/10/KVL_Factsheet_5_E.pdf

Nicolas Bueno y Christine Kaufmann, The Swiss Human Rights Due Diligence Legislation: Between Law and Politics, *Business and Human Rights Journal* 6 (2021), pp. 542-549.

<https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/A05D9400EB89436F1D00EE24121D7E05/S2057019821000420a.pdf/the-swiss-human-rights-due-diligence-legislation-between-law-and-politics.pdf>

Organización Internacional de Empleadores (IOE), *Key developments in mandatory human rights due diligence and supply chain law* (septiembre 2021), último acceso 16 de Abril de 2022.

<https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=156042&token=ee1bad43bfa8dbf9756245780a572ff4877a86d5>

Ámbito de aplicación:

La política en Suiza se divide en dos direcciones: la primera, procura proteger los derechos humanos y ambientales en las empresas, así como la corrupción en las operaciones. La segunda, establece una política seccional en la cual se introduce la debida diligencia para reportar obligaciones de derechos humanos en conflictos de minerales y trabajo infantil.

La política aplica para todas las compañías que se encuentren registradas en la oficina de administración central de Suiza (*office central administration*) y a empresas que tengan su oficina principal dentro del país, compañías que importen y procesen minerales o metales en Suiza o que vendan bienes o servicios. Se debe mencionar que la debida diligencia aplica cuando haya duda razonable de que exista trabajo infantil dentro de esta.

Obligaciones de debida diligencia

En Suiza la obligación de debida diligencia se implementa a través de una modificación al código de obligaciones suizo y al código penal suizo donde se protege expresamente el derecho a minerales en conflicto y se prohíbe el trabajo infantil en las operaciones de las empresas.

Esta protección se da través de un sistema de manejo que debe contener: (1) Una política empresarial en la cadena de suministro, (2) trazabilidad sobre la cadena de suministro, (3) identificación y evaluación de los riesgos basados en la política, (4) adopción de sistema de manejo en el cual se reduzcan los riesgos evaluados.

¿Responsabilidad civil?

En este caso, existe una sanción de hasta 100,000 francos (EUR 98,072) por no reportar la implementación de debida diligencia. La empresa matriz se puede considerar responsable por daños causados por falta de debida diligencia de parte de empresas subsidiarias.

Canadá, Proyecto de ley S-216 (“Ley para promulgar la Ley de esclavitud moderna y modificar el arancel de aduanas). Bill S-216 (“an act to enact the modern slavery act and amend the customs tariff”). Fecha de promulgación: octubre 29 del 2021, Entrada en vigor: el acto entrará en vigor el 1 de enero del año siguiente en que se reciba la evaluación real.

<https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/43-2/bill/S-216/first-reading>

Susy Bullock, Pierre-Emmanuel Fender, Perlette Jura, Oliver Welch y Finn Zeidler, Gibson Dunn Discusses Mandatory Corporate Human Rights Due Diligence, en *The CLS Blue Sky Blog* (24 de marzo de 2021), último acceso 16 de abril de 2022.

<https://clsbluesky.law.columbia.edu/2021/03/24/gibson-dunn-discusses-mandatory-corporate-human-rights-due-diligence/>

Ámbito de aplicación

La ley les impone a las empresas la obligación anual de revisión y prevención de las medidas que se adopten en relación con la violación de derechos humanos dentro de las empresas en donde se utilice trabajo forzoso en cualquier etapa de la cadena de suministro. Se impone tanto en la producción de bienes en Canadá como en los bienes importados a Canadá.

Obligaciones de debida diligencia

La obligación de debida diligencia en este caso consiste en un proyecto de ley en el cual las empresas deben realizar 180 días antes del final del año financiero, un reporte ante el ministro con los pasos que la entidad tomo durante todo el año para prevenir y reducir los riegos de trabajo forzado y trabajo infantil en la cadena de suministro de las empresas canadienses.

¿Responsabilidad civil?

En este caso no se incorpora como tal una sanción ante un juez civil en caso de daños, pero si se incorpora la posibilidad de una multa de no más de \$250,000 dólares canadienses si se encuentra que una empresa es culpable de alguno de los delitos descritos en la ley.

Continúa

Estados Unidos, Ley pública 117-78
("Public Law 117-78") Fecha de expedición:
diciembre 23 de 2021.

[https://www.congress.gov/117/plaws/publ78/
PLAW-117publ78.pdf](https://www.congress.gov/117/plaws/publ78/PLAW-117publ78.pdf)

Ámbito de aplicación:

Esta ley tiene como objetivo fortalecer el no uso de trabajo forzoso en la importación de bienes y servicios extraídos, producidos o fabricados en cualquier país. Además, establece el trabajo activo y conjunto con más países para prevenir y denunciar el tráfico humano, el trabajo forzoso o cualquier tipo moderno de esclavitud.

Obligaciones de debida diligencia

Esta ley tiene como objetivo desarrollar responsabilidades de debida diligencia por parte del Secretario de Estado para que realice un reporte basado en consultas con el Secretario de Comercio, el Secretario de Seguridad Nacional y el Secretario de Hacienda con el objetivo de trabajar con entidades del sector privado que buscan llevar a cabo una debida diligencia en la cadena de suministro para evitar la exportación de bienes que hayan sido producidos, extraídos o fabricados total o parcialmente haciendo uso de trabajo forzado.

¿Responsabilidad civil?

En este caso la ley no establece responsabilidad extracontractual directa por medio de un juez civil, pero si hace alusión a sanciones en concordancia con el artículo 6 de la ley de política de derechos humanos de los Uigures del 2020.

**ESTUDIOS
EN DERECHO,
COMERCIO &
GLOBALIZACIÓN**

01



Universidad de
los Andes

Facultad
de Derecho

Semillero de Derecho,
Comercio & Globalización