



Resumen Informativo del Webinario

# **Análisis Político y Jurídico de la Diligencia Debida**



**Amigos de  
la Tierra  
América Latina  
y el Caribe**

# RESUMEN INFORMATIVO<sup>1</sup>

## Debida Diligencia Empresarial en DDHH, un enfoque equivocado para responder al poder corporativo. Viviana Tacha – Directora de Siembra, Colombia

### Contexto en el que emerge el enfoque normativo de la DD

Es importante situarlo en un contexto más amplio que se inscribe en una disputa de paradigmas normativos en torno a cómo regulamos a las empresas.

Para resumir, simplificando, ha habido dos grandes tendencias normativas: enfoque voluntarista y enfoque vinculante.

Han reinado disputas políticas normativas impulsando agendas en dos direcciones distintas

1. Que las empresas se auto regulen, incluye producir normas internas, respetarlas y adoptar los correctivos necesarios cuando ello no ocurre. Los más representativos son los Principios Rectores de Ruggie, de los que se desprenden los Planes Nacionales de Acción sobre Empresas y DDHH.
2. Enfoque normativo obligatorio impulsado por organizaciones sociales y comunidades afectadas. Un ejemplo central es el instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre ETN con respecto a los DDHH en la ONU. Se busca terminar con enfoque voluntario e imponer obligaciones directas a las empresas y esquemas de responsabilidad jurídica. Se trata de un paradigma normativo que ya lleva 10 años de discusión y construcción que viene a disputar a los enfoques voluntarios. También con ejemplos a nivel nacional, donde existen esfuerzos para traducir el Tratado Internacional en marcos nacionales o Leyes Marco sobre DDHH y Empresas.

El enfoque obligatorio ha ganado peso, y en ese marco hay intentos de imponer las leyes de Debida Diligencia como enfoque normativo obligatorio, con fuerza de ley. Están disputando la hegemonía en lo normativo en materia de empresas y DDHH. De hecho, la UE, ya tiene ese marco normativo de la Debida Diligencia.

Es un paradigma que está disputando hacia dónde deben ir las leyes. Es obligatorio, pero el problema es su origen, de dónde proviene. La Debida Diligencia no viene de la discusión sobre empresas y DDHH, sino que es muy utilizada en el derecho civil, es el estado de conducta que se espera de una persona razonable. Puede generar un impacto en la responsabilidad civil de un individuo a la hora de ocasionar un daño. También se asienta en el ámbito empresarial en el derecho comercial, es una práctica empresarial, un proceso de investigación que las empresas incorporaban en sus operaciones o transacciones para prevenir riesgos comerciales y financieros.

Luego este concepto de Debida Diligencia evolucionó en el Derecho Internacional de los DDHH, donde por ejemplo en el Sistema Interamericano, se ha contemplado la Debida Diligencia de los Estados al momento de analizar la conducta de los Estados para proteger los DDHH e investigar violaciones de DDHH. Si un Estado ha violado los derechos humanos se investiga si fue diligente para emprender las acciones correspondientes. Es el estándar de conducta esperable de un Estado.

Pero luego, aterrizó en el ámbito de Empresas y DDHH, específicamente en los Principios Rectores, donde Ruggie lo instaló como concepto puente. Un concepto que toma elementos de Debida Diligencia del derecho civil y comercial y de DD en DDHH y de DDHH en general, para identificar riesgos en materia de DDHH y mitigarlos.

La Definición de la Oficina del Alto Comisionado de DDHH de la ONU: *“Es un proceso de gestión continuo que una empresa razonable y prudente debe emprender a la luz de sus circunstancias para cumplir su responsabilidad de respetar los DDHH”.*

Mezcla de conceptos empresariales y de DDHH.

1. En base a las presentaciones de Viviana Tacha y Hugo Barreto

## Regulación débil de las Empresas a través de Leyes de DD

El documento de Siembra “Justicia Limitada”<sup>2</sup> analiza 14 tipos de legislación, no todas normas de DD en estricto sentido, pero sí normas con un enfoque orientado hacia la Responsabilidad Social Empresarial. Problema jurídico al que pretenden responder: ¿qué hacemos frente a impacto de las empresas en materia de Derechos Humanos?

Al leer estas normas se pueden clasificar en términos generales en distintos tipos de leyes de DD:

- \* Algunas se limitan a difundir la información al público y a los Estados, pero de ello no derivan responsabilidades.
- \* Un segundo grupo de normas obligan a las empresas a adoptar mecanismos de DD, pero no derivan en responsabilidades a las empresas por no implementarla. Contempla los distintos pasos, incorporar conducta empresarial responsable, detener, prevenir o mitiga los impactos de la Empresa, informar cómo se han abordado los impactos.
- \* Otro grupo de normas contempla algún grado de responsabilidad. Impone la obligación de adoptar la DD y deriva una serie de responsabilidades civiles o administrativas en general.

Se trata de un enfoque equivocado para abordar las violaciones de DDHH por ETN.

Parten de lo que la empresa puede hacer y no en el daño que ocasionó. En todos los casos son normas muy débiles, que mezclan enfoques y que no son de DDHH. Lenguaje y razonamiento legal, consecuencias para personas afectadas, se enfocan en procedimientos internos de las empresas.

Enfoque muy limitado que no atiende la violación, sino que refiere a procedimientos internos de la ETN, se trata de una respuesta en clave empresarial, razonablemente legal, para derivar la responsabilidad de la empresa.

Se trata de un enfoque limitado de la responsabilidad jurídica, porque se trata de una obligación de medios no de resultados. Como empresa tengo que ser lo más diligente posible, pero no respondo por los resultados. Es un enfoque procedimental que nada tiene que ver con los DDHH, porque no importa si la violación ocurrió o no, ni la persona o comunidad afectada. Se convierte en un check list, un mapeo de riesgos, tomé las medidas para prevenir los riesgos, informé al público, fue diligente, por lo que, aunque ocurrió un daño, no soy responsable.

Se centran en las empresas y desdibujan el rol de exigibilidad de los Estados de obligaciones directas para las empresas. En el TV queremos centrarnos en las obligaciones de los actores empresariales transnacionales. Pero en términos generales en la DD el Estado no va a ser veedor de los que hacen las ETN, el Estado se retrotrae. Distintas son las normas basadas en obligaciones de las ETN y a las que acudir si las ETN no cumplen sus obligaciones. Las Leyes de DD son obligatorias porque hay que cumplirlas, pero no están centradas en las personas y comunidades afectadas, no hay un enfoque de derechos, acceso a la justicia o reparación.

## Colonialismo jurídico

La DD se impone como el paradigma a seguir. Las normas son traídas a nuestros países como supuesta respuesta al problema de cómo regular a las empresas. Por eso hay una disputa de paradigmas normativos, porque se traslada como una fórmula, una norma a ser aplicada en todas partes, cuando los contextos son diferentes.

Se trata de imponer de manera acrítica en nuestros países, sin abordar el problema que enfrentamos, porque es en nuestros países donde ocurren la mayoría de las violaciones de DDHH perpetradas por ETN que tienen su sede en Europa. Incluso se trata de posicionar como si no hubiera otra alternativa, cuestionando otros paradigmas normativos impulsados por las organizaciones y movimientos sociales y las comunidades afectadas.

2. <https://www.centrosiembra.org/2023/03/24/conoce-la-nueva-publicacion-de-siembra-justicia-ltda-debates-actuales-en-empresas-y-derechos-humanos-para-enfrentar-la-desregulacion-del-poder-corporativo/>

Necesitamos enfoques normativos más amplios. La DD podría ser una obligación en una norma de obligaciones más amplias. Se trata de un enfoque eminentemente preventivo, pero como en nuestro contexto ya hay violaciones de DDHH, lo que necesitamos es que se repare el daño ocasionado, normas centradas en la justicia para frenar la impunidad de las ETN.

## **Análisis de la Debita Diligencia desde el sindicalismo. Hugo Barreto, Asesor Jurídico de la CSA**

Tenemos puntos de vista y preocupaciones comunes en torno a la traspolación del concepto de la Debita Diligencia al campo de los derechos sociales o laborales.

Hemos encarado el tema en base a una serie de interrogantes:

En primer lugar, por qué hablar de una obligación que consista meramente en obrar o actuar en forma diligente, o una obligación de medios.

Es legítimo que una empresa asuma el imperativo de contar con mecanismos internos de prevención de los riesgos de tal forma de no dañar los DDHH, pero ello no puede determinar que sea un mecanismo suficiente y quede eximido o limitado en sus responsabilidades de tipo patrimonial o incluso penal.

Esta característica inicial del deber de diligencia como imperativo interno se denota en el lenguaje mismo que tiene como marco la DD. Se habla de evitar el abuso de los derechos, cuando lo que importa es el cumplimiento de los mismos. El lenguaje tiene una alta significación que denota el origen corporativo del concepto. También la idea presente en el borrador del TV de mitigar el daño, en lugar de evitar el daño, es indicativo de l menor peso que tiene el deber de diligencia respecto del cumplimiento efectivo de los derechos. El problema de la DD, que es legítima como política y práctica de las empresas, es su naturaleza de resultar una traspolación automática a una obligación jurídica en relación a los DDHH. Una práctica legítima de las empresas ha pasado a convertirse en una obligación en el marco de los DDHH.

Se inserta en un conjunto de obligaciones que hasta la llegada de la DD consistía en que los DDHH, se respetan, se garantizan, se promueven, pero ahora aparece una intermediación entre las obligaciones de las empresas y el cumplimiento de los DDHH. A estar por la DD, las empresas pueden cumplir con los DDHH, mediante la realización de planes de prevención.

Al convertirse en obligación jurídica, esto impacta en el concepto mismo de qué hablamos cuando hablamos de cumplimiento de los DDHH, con el riesgo de debilitar la efectividad de los derechos. Asumir la discusión de la DD en materia de DDHH en el marco del TV coloca a determinados interlocutores sociales en un plano de deliberar internacionalmente sobre el futuro de los DDHH, lo cual puede verse como positivo, pero este punto de vista puede contestarse diciendo que el costo de discutir los DDHH en estas condiciones es muy alto, por el cambio significativo que puede implicar respecto a qué nos obligamos en materia de DDHH.

Aun admitiendo esta innovación del aterrizaje de la DD en materia de derechos sociales y derechos laborales la pregunta es si aporta algo significativo, si agrega alguna garantía o cubre algún vacío legal. ¿Había algo que estaba faltando que haga necesario traer de otro campo del conocimiento jurídico un instrumento para una función específica en materia de DDHH? ¿Existía una laguna que ahora es cubierta? Parece que esta pregunta no arroja un resultado interesante.

La otra pregunta es interrogarnos si no es suficiente con la obligación de cumplir efectivamente con los DDHH, porque en este plano la DD aparecería como una interposición de una obligación de carácter débil entre la obligación de la empresa y el cumplimiento de los DDHH. La DD estaría interfiriendo en la fórmula de que las ETN están obligadas a cumplir con los DDHH. Las preocupaciones que tenemos respecto a esta interferencia se agravan cuando vemos el peso desmesurado de la DD que constatamos que en el Borrador actual del TV respecto al cumplimiento de los DDHH. Existen varias disposiciones de DD, particularmente en los artículos 6 y 8 del 3er Borrador, que abordan de forma profusa el deber de ser diligentes y tener una obligación de medios.

Por lo que nos preocupa si en el fondo esa obligación de medios de DD no puede llegar a sustituir la obligación de cumplir con los DDHH, si las empresas no podrían exonerarse de toda responsabilidad demostrando que cumplieron con el deber de DD. Se deslizaba esta lectura en el artículo 8, confirmando estas preocupaciones. Más compleja aún es la Directiva de DD de la UE.

Una norma sobre DDHH si pretende ser tal cosa, debe ser una norma muy sencilla. Las normas de derechos fundamentales en materia de trabajo plantean, por ejemplo: "todos los trabajadores sin ninguna distinción tienen derecho a la libertad sindical", es una formulación simple y llana (Convenio 87 de la OIT) "Los Estados tienen la obligación de fomentar y estimular la negociación colectiva" (Convenio 98 de la OIT). "Todas las personas deben gozar de adecuada protección contra todo acto discriminatorio en materia sindical".

No hay en estos casos necesidad de contar con proceso previo de DD como obligación jurídica porque tiende a debilitar la fuerza de la norma. ¿en qué cambia decir que las empresas deben tener la DD en materia de finalización por justa causa de la relación de trabajo? Basta decir que las Empresas deben tener justas causas para dar por terminada la relación de trabajo. Cualquiera de los derechos fundamentales de las trabajadoras y trabajadores están formulados como obligaciones directas de los países y las empresas a los efectos de su efectivo cumplimiento y la obligación de DD no agrega nada significativo. Y por otro lado tiene esa característica de ser muy compleja, barroca en su formulación, recargada, burocratizada, lo que denota su raigambre alejada de la formulación más clara de que los Derechos deben tener aplicación efectiva.

La directiva de la UE ejemplo de norma recargada, confusa, hay que referencias a otras disposiciones, ir a definiciones cómo qué cosa es la reparación, las partes interesadas, el volumen de negocio, neto. Plantea dificultades a la hora de evaluar si la empresa cumple o no con la DD, lo cual además no implica que cumpla con la efectividad de los derechos laborales

Las obligaciones de los Estados también son débiles en esta materia. Los Estados deberán velar para que las empresas actúen con DD basada en el riesgo. Esto está referido a que las empresas puedan cumplir con las obligaciones. No están obligadas a cumplir. Esa es la característica de una obligación de medios, las empresas se obligan a hacer lo posible por cumplir o que las empresas de la cadena de suministro cumplan. Pero otra característica que hace al contenido de la DD, en el fondo la prestación en concreto a la que la empresa se obliga queda dependiendo del enfoque, la reglamentación, o el código de conducta que la propia empresa defina. No es una norma de tipo objetivo, la norma nos reenvía a la política interna y programas de la empresa, al enfoque descriptivo que la propia empresa haga de la DD o a los códigos de conducta.

O sea, no conocemos el contenido de la obligación de DD, el alcance efectivo de la DD. Porque para cada caso concreto habrá que ir al programa que desarrolle la propia empresa. No hay norma objetiva que se aplique a todas las empresas. El contenido queda a cargo del sujeto obligado, que dice cumplimiento de esta manera, con este enfoque, con estos programas. Como si en un contrato la obligación quedara a cargo del deudor. Esto denota una inmensa debilidad.

Otra preocupación refiere a cuál es el efecto que tiene esta obligación que procede de otros campos del derecho que no es el campo de los DDHH, y que es un tipo de obligación que no tiene una tradición en materia del derecho legislado, sino que tiene que ver más que nada con las regulaciones contractuales con la auto-regulación de las empresas, o sea, un enfoque más contractualista que reglamentarista. Qué impacto puede tener esta obligación de DD en una cultura jurídica latinoamericana, signada por la ley, por la codificación, por el papel del Estado. Una obligación que su contenido a priori no conocemos porque queda derivado a la voluntad unilateral del sujeto obligado, o sea de la empresa. Hay un gran espacio que se asigna a la auto regulación o autonomía de los sujetos privados en el campo de los DDHH. Tanto a partir de una norma internacional como pueda ser el TV, o normas nacionales que tomen esa formulación, el resultado que podemos esperar de ellos es un agravamiento del poder de imposición de las empresas de los marcos jurídicos nacionales, o sea se podría ver facilitado un mayor poder de incidencia de las ETN. Una obligación de DD en el TV y obligaciones correlativas de DD en los ordenamientos jurídicos nacionales sería muy preocupante.



**Amigos de  
la Tierra  
América Latina  
y el Caribe**