

La debida diligencia y la responsabilidad social empresarial como principios fundantes de un régimen de responsabilidad civil internacional en cadenas de valor y suministro¹

Due diligence and corporate social responsibility as founding principles of an international civil liability regime for value and supply chains

Juan Sebastián Gamboa Pacheco²
Isabella Santos Rodríguez³

Resumen

La debida diligencia en materia de derechos humanos es una herramienta que puede usar las ETN para gestionar proactivamente los riesgos reales y potenciales de las posibles vulneraciones de los derechos humanos en los que se ven relacionadas; y, así mismo, integrar la responsabilidad social empresarial en las cadenas de valor y suministro para permear la voluntad de las empresas, teniendo en cuenta el ámbito económico, social y medioambiental en sus actividades comerciales. Una ETN, además de preocuparse por su crecimiento y la rentabilidad a largo plazo de su actividad económica, debe

Cómo citar este artículo: Gamboa, J. S. & Rodríguez, I. S. (2022). La debida diligencia y la responsabilidad social empresarial como principios fundantes de un régimen de responsabilidad civil internacional en cadenas de valor y suministro. *Revista Nueva Época*, (58), 51-80. <https://doi.org/10.18041/0124-0013/nuevaepoca.57.2021.9105>



¹ El presente es un producto de investigación elaborado en el Semillero de Investigación de Derecho Económico Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

² Estudiante de quinto año de Derecho de la Universidad Libre, Sede Bogotá, D. C. Miembro del Semillero de Investigación de Derecho Económico Privado. Correo electrónico: juans-gamboap@unilibre.edu.co, sebastiangamboacr7@live.com.

³ Estudiante de quinto año de Derecho de la Universidad Libre, Sede Bogotá, D. C. Miembro del Semillero de Investigación de Derecho Económico Privado. Correo electrónico: isabella-santosr@unilibre.edu.co, isasantos.rodriguez@gmail.com.

incluir los impactos que pueda generar en toda la cadena productiva. Al ver el panorama global, la mayoría de las ETN se deslumbra porque no suelen usar prácticas que cumplan con los requisitos fijados por los principios rectores. Esta situación puede indicar una gestión de riesgos insuficiente para los trabajadores y las comunidades, a pesar del mayor interés y compromiso que hay, hoy en día, en la búsqueda de la protección de estos. Además, se observa un vacío jurídico-legal por parte de los gobiernos para regular las relaciones que se dan entre ETN-trabajadores-Estado. En este documento, se evalúan escenarios conflictivos de vulneración de derechos humanos dentro de las cadenas de valor y suministro, como la tercerización de mano de obra, la guerra de precios entre ETN y la legislación permisiva en reglamentación empresarial; al tiempo que se analizarán los factores por los cuales aún no se han regulado estos procesos en los países donde se presentan estas situaciones. Para concluir, se explica por qué es importante considerar que este régimen de responsabilidad civil internacional debe basarse en la debida diligencia y en la responsabilidad social internacional.

Palabras clave: debida diligencia, responsabilidad social empresarial, régimen de responsabilidad civil internacional, cadenas de suministro, cadenas de valor, ETN, derechos humanos, deficiencias de gobernanza, riesgos reales, trabajadores

Abstract

Human rights due diligence is a tool that TNCs can use to proactively manage the actual and potential risks of possible human rights violations in which they are involved, and to integrate corporate social responsibility into value and supply chains to permeate the will of companies, taking into account the economic, social and environmental aspects of their business activities. A TNC, in addition to being concerned about its growth and the long-term profitability of its economic activity, must include the impacts it may generate throughout the production chain. Looking at the big picture, most TNCs are dazzled by the fact that they often do not use practices that meet the requirements set by the guiding principles. This situation may indicate insufficient risk management for workers and communities, despite the greater interest and commitment there is, nowadays, in the search for their protection. In addition, there is a legal vacuum on the part of governments to regulate the relationship between TNCs-workers-State. This paper evaluates conflictive scenarios of human rights

violations within the value and supply chains, such as outsourcing of labor, price wars between TNCs and permissive legislation in business regulation, while analyzing the factors that have not yet regulated these processes in the countries where these situations occur. To conclude, it will be explained why it is important to consider that this international civil liability regime should be based on due diligence and international social responsibility.

Keywords: due diligence, corporate social responsibility, international civil liability regime, supply chains, value chains, TNC, human rights, governance deficiencies, real risks, workers

1. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo presentar algunas reflexiones, desde una visión interdisciplinaria, alrededor de la importancia y necesidad de establecer un régimen de responsabilidad civil internacional en procesos de cadena de valor y suministros, basado en la debida diligencia y la responsabilidad social internacional.

Se entiende por *globalización económica y financiera* “un cambio en las finanzas, consistente en la expansión del crédito, especialmente bajo formas parabancarias y en la conexión directa de los mercados financieros internacionales” (Tovar, 2011). Y es a partir de su desarrollo que se han alterado los bosquejos sobre los que se construye el derecho del trabajo, en la medida en que no se aplica en los estados que lo crean, sino que se regulan mediante planteamientos

trasladados por las ETN que les benefician a estas, dejando de lado la protección a los trabajadores, comunidades y medioambiente que son el extremo débil de la relación.

A partir del presente contexto de globalización, de acuerdos comerciales de libre comercio y fortalecimiento de la actividad comercial global, surge un sujeto prominente, que es la empresa transnacional, entendida como aquella empresa que tiene y maneja actividades de valor agregado en más de dos países; esto, normalmente, lo realiza por medio de Inversiones Extranjeras Directas (IED), aunque las ETN pueden participar, además, en la producción foránea, realizando alianzas con firmas extranjeras (Dunning, 1993).

Las ETN fundamentadas en el intercambio de bienes, servicios y mercancías se encuentran en la necesidad intrínseca de contar con adecuadas

rutas y sistemas de comunicación y distribución que tengan un bajo costo para ser atractivas comercialmente; lo cual es necesario para este tipo de mercados (Cheín, Jiménez y Martínez, 2012).

A este tipo de rutas y sistemas se le conoce como *cadena de suministro*, que, en pocas palabras, son todos los procedimientos y operaciones necesarias para que un producto, servicio o mercancía llegue al cliente final; la cadena de suministro comienza desde los proveedores y finaliza cuando el producto llega a manos del cliente (Schroeder, 2004); otro término muy relacionado es la llamada *cadena de valor*, pero esta tiene otro significado, va más allá de la cadena de suministro y se centra, específicamente, en la creación de valor que se va generando en cada uno de los diferentes eslabones que conforman la cadena.

Las empresas transnacionales establecen la producción de reglas en el espacio global, superan la esfera privada y robustecen un conglomerado de decisiones unilaterales referentes tanto al armazón productivo como a los vínculos contractuales que retratan las redes mercantiles bajo su dominio (Bailos, 2009).

Esto demuestra que el poder privado trasciende y trasgrede a nivel glo-

bal porque la empresa transnacional realiza toda la creación de reglas en los ámbitos que le benefician o le pueden afectar; incluyendo las normas laborales de la empresa, más allá de lo establecido en las normativas nacionales que, simplemente, sirven como un referente fraccionado de las condiciones de trabajo en los lugares en los que esta se establezca, e incluso lo refieren al manejo de recursos ambientales y afectación a derechos fundamentales.

La ley, la jurisprudencia y la doctrina son las herramientas fundamentales con las que se contó en el desarrollo de este artículo, que incluyen las bases de datos y que desarrollan una metodología cuantitativa, explicativa hipotético-deductiva.

En este documento, se evaluarán escenarios conflictivos de vulneración de derechos humanos dentro de las cadenas de valor y suministro, como la tercerización de mano de obra, la guerra de precios entre ETN y la legislación permisiva en reglamentación empresarial; al tiempo que se analizarán los factores por los cuales aún no se han regulado estos procesos en los países donde se presentan estas situaciones. Para concluir, se explicará por qué es importante considerar que este régimen de responsabilidad civil internacional debe basarse en la debida diligencia

y en la responsabilidad social internacional.

2. Cadenas de valor y suministro

2.1. Cadena de suministro

Una *cadena de suministro* se define como las actividades que conectan cada punto o secuencia de participantes para una entrega oportuna, confiable y ofrecer productos de calidad a bajo costo; también es vista como un conjunto de actividades coordinadas desde los proveedores de materia prima hasta los clientes finales (Suárez, 2013).

Arnold (2011) plantea que la cadena de suministro varía de industria a industria y de compañía a compañía; pero, generalmente, consta de los siguientes tres elementos:

- Proveedores
- Producción
- Distribución

2.2. Cadena de valor

Una *cadena de valor* es una forma de negocios que describe todas las actividades necesarias para crear un producto o servicio, y que en cada una de ellas se vaya agregando un valor adicional.

Las ETN y las compañías, en general, pueden implementar la cadena de valor, analizando cada uno de los procedimientos asociados que se deben realizar. El propósito de la cadena de valor es aumentar la eficiencia de la producción y lograr el máximo valor con el menor gasto posible. Porter argumenta que la ventaja competitiva se deriva de las actividades que realiza una empresa cuando diseña, fabrica y entrega sus productos. Se debe entender el valor como la cantidad de dinero que el consumidor final está dispuesto a pagar por un producto, servicio o mercancía que se ofrece, y esta cantidad resulta beneficiosa si es mayor al costo de la realización de las actividades de valor; para lograr una ventaja comparativa sobre los competidores se plantean dos hipótesis: (i) realizar operaciones con bajo costo y (ii) realizar actividades de valor, que marquen la diferencia (Porter y Miller, 1985).

2.3. Similitudes entre la cadena de suministro y la cadena de valor

- Ambas se componen de una serie de etapas y procedimientos que requieren de una proyección estratégica que generen la satisfacción del consumidor.
- La cadena de valor y la cadena de suministro comparten la finalidad

de optimizar las operaciones para bajar costos.

- La cadena de valor y la cadena de suministros son puntos que mejoran los procesos que integran una empresa. Esto permite que corra la información en dirección de los productos o servicios.

2.4. ¿En qué se diferencian la cadena de suministro y la cadena de valor?

En la cadena de valor, el valor se representa por la demanda y, en la cadena de suministro, se representa por el movimiento de efectivo. Estos sistemas de producción comparten las mismas redes de compañías formadas para interactuar y proporcionar bienes y servicios a los consumidores finales.

La principal diferencia entre la cadena de suministro y la cadena de valor es el direccionamiento en la base de abastecimiento al cliente; la cadena de suministros se orienta hacia adelante y comienza desde los proveedores y productores, donde se mejora la eficiencia y se elimina el desperdicio, mientras que la cadena de valor se enfoca hacia atrás, en la creación del valor con base en el requerimiento del cliente. (Walters y Rainbird, 2004)

2.5. Escenarios conflictivos en cadenas de valor y suministro

Una de las principales finalidades de las cadenas de valor (Kippenberger, 1997) y suministro (Chopra y Mendl, 2008) es alcanzar un equilibrio entre precios razonables, y un producto de calidad para el consumidor. Las ETN organizan la mayor parte de su producción alrededor de las cadenas de valor o de suministro, que se localizan en países y economías desarrolladas, y coordinan su producción con miles de proveedores ubicados, principalmente, en países en vías de desarrollo. En estas redes de suministro o de valor se encuentran diversos sujetos con personalidad jurídica independiente de las ETN, conectados a través de vínculos contractuales o por subcontratación (Baylos, 2017).

En el desarrollo de toda la logística que se entrelaza para que el producto, servicio o mercancía llegue al cliente final, no pocas veces se generan resultados desastrosos que impiden condiciones dignas de trabajo, el uso indiscriminado del ambiente y restricciones de la libertad sindical y del derecho de negociación colectiva, que vulneran los derechos a un ambiente sano y a la protección social (*ibidem*).

En efecto, las ETN, en un marco global de gran competitividad y complejidad, fuerzan a sus proveedores para dis-

minuir costes y tiempo de entrega de los productos, servicios o mercancías. Cabe agregar que los proveedores compiten vigorosamente entre sí al tener un angosto margen de utilidad que recorta el dinero que iría para pagar mejores salarios, mejorar la jornada laboral o atender las condiciones de trabajo y la salud laboral.

Un ejemplo de las tensiones descritas puede ser lo acontecido en Colombia, cuando el Instituto Colombiano de Investigaciones Agropecuarias, en 2001, prohibió la importación de carne de cerdo, res y lácteos de Argentina, Uruguay y Reino Unido (ICA, 2001) para prevenir epidemias de fiebre aftosa; sin embargo, Nestlé-Colombia importó 1.200.000.000 de gramos de leche en polvo de Argentina, en agosto y septiembre de 2001, lo que vulneró la Resolución del ICA, y demostró así su poder en comparación con la entidad administrativa. Nestlé es una gran multinacional de origen suizo, exitosa a nivel mundial, ha implementado un programa de reducción de costos y aumento de eficacia.

Además, la Convención Colectiva vigente en la fábrica de CICOLAC⁴

venció el 28 de febrero de 2002, SINALTRAINAL⁵ presentó un pliego de peticiones para renegociar la convención colectiva con la dirección de Nestlé. En las negociaciones, la multinacional suiza buscaba firmar una convención completamente nueva, eliminando derechos sustanciales de los trabajadores. Debido a esto, no se pudo llegar a un acuerdo y el sindicato optó por una huelga.

Sin embargo, no fue implementada, debido a varias amenazas de muerte contra los líderes sindicales, que se presentaron después de que Nestlé bajaría el precio de la leche que les pagaba a los ganaderos y amenazaba con cerrar la fábrica, acusando al sindicato SINALTRAINAL de ser el único responsable. Después de estas recriminaciones, los ganaderos y grupos al margen de la ley profirieron retaliaciones contra los sindicalistas.

El sindicato solicitó un Tribunal de Arbitramento laboral para solucionar el conflicto laboral, y este profirió un fallo en favor de Nestlé, el 8 de mayo de 2003. En efecto, los representantes del Gobierno y de Nestlé

⁴ En 1944, la empresa americana Borden Inc. y Nestlé fundaron la Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos (CICOLAC, S. A.) en Valledupar, Cesar, Colombia. Años después, Nestlé creó la Industria Nacional de Productos Alimenticios (INPA, S. A.) y construyó su

primera fábrica en Bugalagrande-Colombia. En 1985, cambió el nombre de INPA, S. A., a Nestlé de Colombia, S. A. Actualmente, Nestlé posee tres fábricas en Colombia.

⁵ SINALTRAINAL: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de la Alimentación.

se negaron a aceptar las pruebas entregadas por el representante del sindicato. En este caso, se puede ver la debilidad del Estado colombiano, la vulneración de derechos humanos y sindicales, y la libertad con la que actúan las ETN, y que incumplen las normativas locales.

Otro caso que refleja las vulneraciones de DD. HH., en el desarrollo de la actividad empresarial, es el tristemente célebre caso de Rana Plaza en Bangladesh. Rana Plaza era un edificio que albergaba cinco talleres de ropa que producían para marcas como Corte Inglés, Mango, Primark, Carrefour, Walmart, entre otras. El 24 de abril de 2013, este edificio colapsó, lo que dejó 1.134 fallecidos y más de 2.000 heridos, en su mayoría, mujeres, que venían de zonas rurales de extrema pobreza del país, tras haber sido subcontratadas para trabajar en la industria de la moda para grandes marcas.

Algunos empleados rogaron que no los enviaran a trabajar dentro del edificio porque se veían grandes grietas; pero, debido al miedo de perder sus salarios, accedieron a seguir trabajando. En este caso, se puede ver cómo el factor de la tercerización y la lucha de precios generaron esta situación, lo que vulneró la dignidad humana de los trabajadores y el protocolo de seguridad en el trabajo.

Es así como las ETN determinan la producción de reglas en ese espacio global, que supera la dimensión privada, y establecen que el poder privado trasciende y trasgrede a nivel global porque la empresa transnacional realiza toda la creación de reglas en los ámbitos que le benefician o le pueden afectar; incluyendo las normas laborales de la empresa, lo que vulnera la dignidad humana y, en general, los derechos de los trabajadores.

Por otra parte, en los países donde se despliega el trabajo subcontratado, en ocasiones, se ha identificado una actitud permisiva de los gobiernos locales, que adoptan políticas que promueven la inversión de capital extranjero con poca atención a las condiciones en las que las actividades empresariales se desarrollan.

En otras palabras, ante la necesidad de receptar inversión, los Estados pueden adoptar actitudes de desregulación o de desmonte de derechos humanos. Este fenómeno, que se conoce como *enfriamiento regulatorio*, es definido por Ackerman y Rossi como la abstención de las entidades estatales para regular ciertos temas porque temen las posibles consecuencias económicas, políticas o sociales que puedan sobrevenir (Echaide, 2018).

Desde el punto de vista de los suministros globales, los países latinoa-

americanos son líderes en la venta de materias primas que sirven a las ETN para llevar a cabo sus procedimientos; pero gran parte de las ETN están situadas en Estados Unidos, Reino Unido, Holanda, Francia y Alemania, países que han desarrollado una estricta legislación del cumplimiento de la debida diligencia en cadenas de suministros, como la Ley de Transparencia en las Cadenas de Suministro de California (2010), la Ley de Esclavitud Moderna de Reino Unido (2015), la Ley de Debida Diligencia en Materia de Trabajo Infantil de Países Bajos (2017), la Ley sobre el deber de vigilancia de Francia (2017), entre otras. Cabe resaltar que estas leyes no se consideran leyes en derechos humanos, sino leyes comerciales con rasgos de derechos humanos (Ramos, 2022).

Estas leyes imponen barreras comerciales en las importaciones de materias primas en la cuales se tenga sospecha de que estos recursos hayan sido obtenidos a partir de mano de obra forzada o grupos al margen de la Ley; en estas leyes también se contemplan duras sanciones para aquellas ETN que no cumplan con esta debida diligencia.

La reputación de América Latina, respecto a los incumplimientos en derechos humanos, y el pánico de las ETN en relación con las sanciones que les pueden ser impuestas, dejan en una posición desfavorable

a la región; vale la pena considerar que este avance legislativo atrae un escenario conflictivo importante, el de la aplicación de estas mismas, ya que estas leyes conllevan un cambio cultural y de proceso para los países satélite (Ramos, 2022).

Es importante tener en cuenta que muchas de las políticas legislativas son bien diferentes en ambos extremos; como se mencionó antes, el cambio cultural y de circunstancias es muy abrupto, ya que cada país busca legislar sus necesidades, y el surgimiento de estas leyes en los “países clientes” cambia totalmente las reglas de juego para empresas locales y países, que se ven obligados a cumplir con estos mandatos porque gran parte de su economía se centra en la exportación de materias primas.

3. Antecedentes

El tema de responsabilidad civil internacional en las ETN ha llamado mucho la atención en estos últimos años. Hoy en día, ha surgido una necesidad de regular las actividades realizadas por estas empresas en los países filiales; por cuanto estas grandes corporaciones llegan a ocupar una posición importante en la economía de países filiales y, por tanto, influyen en la toma de decisiones del gobierno de turno. Esta influencia llega a afectar

a las personas naturales y jurídicas del país filial, debido a que se toman decisiones en pro de las actividades realizadas por la empresa transnacional, sin importar los daños que estas causen.

3.1. Antecedentes normativos

En la actualidad, es escasa la normativa que regule los deberes relativos a los derechos humanos en las actividades realizadas por las ETN, dado que, por lo general, se les ha dejado este papel a los Estados y únicamente se han regulado las actividades realizadas por los Estados, entre Estados y agentes estatales, a pesar de que, en algunas normativas, se han dado pequeñas pautas para instituciones o actores no estatales; pero no terminan de ser efectivas para la protección de los derechos humanos.

En este acápite, se mencionan las normas más importantes que tratan acerca de este tema y se explica su contenido y relevancia en busca de exponer por qué ha sido tan difícil llegar a un acuerdo global vinculante que regule estas actividades.

Se han dividido los antecedentes normativos en *Soft Law* y *Hard Law* porque resulta importante mostrar los avances que han tenido ambas corrientes, además de resaltar que gran parte de la normativa internacional es *Soft Law*

y casi todo el *Hard Law* corresponde a normativa nacional.

3.1.1. *Soft Law*

El *Soft Law* es toda aquella norma que no cuenta con la fuerza legal vinculante, es decir, no genera ningún grado de responsabilidad incumplir este tipo de normas; ya que no es de obligatorio cumplimiento. Estas normas buscan ser una iniciativa con el fin de que el tema que están tratando llegue a ser regulado y tenga fuerza vinculante. Por lo general, las recomendaciones expedidas por organismos internacionales son *Soft Law*.

Gran parte de la normativa internacional forma parte del *Soft Law*. A continuación, se realiza un recuento de la normativa internacional más relevante en esta práctica, desde la Comisión de Sociedades Transnacionales hasta los principios rectores, y se establece la importancia que tiene cada normativa

3.1.1.1. *Comisión de Sociedades Transnacionales*

En 1970, surgió una iniciativa en las Naciones Unidas para regular las actividades de las empresas transnacionales y se creó la Comisión de Sociedades Transnacionales como del Centro de Sociedades Transnacionales. Este organismo fue importante, ya que

tuvo la misión de formar un código de conducta para los actores no estatales, que tan solo en su primera versión fracasó por la falta de consenso de aprobación.

3.1.1.2. *Global Compact*

En el Foro Económico Mundial de 1999, surgió una iniciativa para regular las actividades de las Empresas Transnacionales, llamado *Global Compact* (Pacto Global); este pacto fue firmado por 44 empresas transnacionales, ONG y sindicatos, y buscaba dar un respaldo definitivo a la comunidad internacional para el cumplimiento de la RSE (Responsabilidad Social Empresarial).

Este pacto no era más que un acuerdo voluntario que las ETN firmaban y se adherían a 10 principios que versan sobre medioambiente, derechos humanos, laborales y corrupción. Las empresas sólo tenían la obligación de presentar un informe, pero, como tal, no existía ningún mecanismo que las vigilara, por cuanto este era un acuerdo unilateral y voluntario; con la presentación de este informe bastaba para que la ONU certificara que estas empresas respetaban los derechos humanos.

Como era de esperarse, esto fracasó, debido a la inoperancia misma del pacto para controlar las operaciones

realizadas por las ETN. Este pacto era relevante, ya que, a partir de aquí, se abrían las puertas para que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU se pusiera manos a la obra y tomara la iniciativa de redactar unos principios rectores.

3.1.1.3. *Principios rectores sobre las empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas*

En 2005, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, ante la globalización y el impacto que tenían las ETN, decidió designar al profesor de Harvard, Jhon Ruggie, como representante especial de derechos humanos y empresas; en esta designación se le encomendó redactar unos principios que debían reglamentar las actuaciones de las empresas transnacionales.

En 2011, Ruggie entregó estos principios, que se definen como parámetros que deben seguir los Estados y las ETN; en los principios se encuentran normas, procesos, responsabilidades y procesos para circunstancias especiales.

En la primera fase, Ruggie llevó a cabo un minucioso trabajo junto con su equipo, en busca de recopilación de información. En 2006 y 2007, presentó sus dos primeros informes que versaban acerca de la omisión que hubo en el Estatuto de Roma para

incluir la responsabilidad penal de personas jurídicas. Asimismo, Ruggie resaltó en los informes que, de manera general, no se le pueden atribuir este tipo de responsabilidades a las empresas, ya que estas no son sujetos de derecho internacional, es decir, que se debía realizar un tratado, en el cual, de forma específica, se sancionara a las empresas, y no se llegara a mezclar con sujetos de derecho internacional, tal como, hoy en día, se desarrolla un tratado.

Dadas las circunstancias, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU decidió renovar a Ruggie en su puesto para presentar más informes, en los cuales daría cuenta de la segunda fase.

En esta segunda fase, ya con toda la información recopilada, empezó a investigar y clasificar casos específicos, y encontró que la relación derechos humanos y empresas no configuraban un sistema coherente, es decir, no existía un patrón constante en el cual estos dos coexistieran. Con base en el anterior enunciado, Ruggie planteó 3 principios sobre los cuales debe fundamentarse toda relación empresarial y de derechos humanos: *proteger, respetar y remediar*. En esta fase, Ruggie también reconoció que los Estados deben actuar con la responsabilidad de proteger los derechos fundamentales; ya que no se puede dejar esta responsabilidad únicamente

a las empresas porque estas no son sujetos de derecho internacional.

La Comisión quedó satisfecha con los informes presentados y decidió prorrogar nuevamente el cargo de Ruggie. En la tercera fase, Ruggie se dio a la tarea de iniciar con la redacción de los principios rectores, en los cuales abordó temas como el derecho mercantil a nivel nacional, las buenas prácticas empresariales, el tratamiento específico en casos de conflicto armado y los mecanismos de solución de problemas en casos extrajudiciales de reparación (Esteve Molto, 2011).

Ruggie visitó más de 20 países, en busca de reunirse con representantes estatales y empresariales; además, entre noviembre de 2010 y enero de 2011 dejó abierto un canal de comunicaciones para recibir recomendaciones académicas. Ruggie culminó con la redacción de estos principios, que se aprobaron el 21 de marzo de 2011.

Ahora es pertinente hablar de cómo se han aplicado estos principios en el trascurso de los años, que, debemos recordar, son recomendaciones, es decir, *Soft Law* que conglomeran elementos de gobernanza pública, corporativa y civil. Si se buscan documentos en los que estos principios hayan sido aplicados, se encuentra que los PAN (Planes de Acción Nacional) se han

basado en estos principios para ser redactados. Los PAN son normativa nacional que tienen que formar parte del *Hard Law*, y que se explicarán en el respectivo acápite.

3.1.1.4. *Directrices de la OCDE dirigidas a las empresas multinacionales*

Las directrices de la OCDE, dirigidas a las empresas multinacionales, fueron implementadas en 1976, pero su última revisión fue llevada a cabo en 2011; han cambiado con el paso del tiempo y, al igual que los UNGP, también pasaron por fases.

En los primeros 10 años de vigencia, las directrices fueron de mucha ayuda para algunas ONG y sindicatos; después surgieron los Códigos de Conducta Empresarial y, en los 90, se mantuvieron inactivas. En el 2000, la OCDE decidió hacer un cambio en las directrices, siendo el más importante su ámbito de aplicación. Con esta modificación, las directrices llegaban a ser aplicables para las filiales de las ETN en otros Estados. Otro cambio importante fue la adición de un mecanismo para dar seguimiento a las quejas en la práctica de las directrices (Fernández Martínez 2020).

En 2011, se realizó una revisión integral de las directrices y se incorporó un capítulo sobre derechos humanos, que se encuentra en concordancia

con las UNPG; además, se añadió un enfoque nuevo de responsabilidad en las cadenas de suministro, se hicieron cambios en ciertos capítulos de materia laboral y se fortaleció la guía de instrucción de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC), que sirve para la implementación de las directrices.

La importancia de estas directrices es que son pioneras en buscar una regulación para las actividades realizadas por las ETN. Asimismo, es importante resaltar el enfoque económico y el marco de referencia más amplio, en el cual se tratan temas como el medioambiente, la corrupción, los consumidores, la competencia y fiscalidad, a diferencia de otros tratados que se especializan en un solo tema.

3.1.1.5. *Declaración de Principios tripartita de la OIT referida a las empresas multinacionales y a la política social*

Fue elaborada en 1977 y, en múltiples ocasiones, ha sido reformada; su última modificación fue llevada a cabo en 2006, y en esta se añadieron nuevas normas del trabajo.

Esta declaración es un instrumento que la OIT redactó para las ETN y su finalidad es fomentar políticas responsables en áreas como empleo,

condiciones de trabajo y vida, y relaciones de trabajo.

En esta declaración se resalta la importancia que tiene el Estado para hacer cumplir todos estos lineamientos; al ser normativa *Soft Law* únicamente se pone de relieve el diálogo para dirimir conflictos, ya que no se cuenta con ninguna medida coercitiva para el cumplimiento de la declaración.

La importancia que tiene esta declaración es la unidad de principios laborales en cuestiones específicas de trabajo como seguridad social, trabajo forzado, salarios, economía formal, entre otros.

3.1.1.6. Normas ISO 26000

Esta norma fue expedida por la Organización Internacional de Estandarización (ISO, por sus siglas en inglés) y publicada en 2010. En esta norma se desarrolla la responsabilidad social corporativa, en la cual se encuentran parámetros para que las empresas lleven su propia regulación. Cabe resaltar la importancia que tiene esta norma; dado que va dirigida únicamente para que las empresas lleven a cabo su propia regulación interna, a diferencia de las otras que van dirigidas hacia los Estados para que sean ellos quienes regulen.

Los objetivos que tiene esta norma son los de ofrecer buenas prácticas empresariales y recomendaciones basadas en un estudio hechos por la ISO; detectar las oportunidades de mejora que tiene cada una de las empresas en materia de responsabilidad social corporativa y evaluar o medir en qué nivel se encuentra una ETN respecto de la responsabilidad social empresarial.

3.1.2. *Hard Law*

El *Hard Law*, de acuerdo con Del Toro (2006), son prácticas o instrumentos de carácter obligatorio, cuyo incumplimiento lleva a procesos de responsabilidad internacional de un Estado, es decir, toda norma que cuenta con fuerza legal vinculante para que los Estados que se hayan suscrito deban cumplirla.

Es muy escasa la normativa internacional que hay alrededor de derechos humanos y ETN, ya que la mayoría de normativa vigente forma parte del *Soft Law*. Pero, de igual forma, existen algunos tratados de *Hard Law* que vale la pena exponer en este artículo.

3.1.2.1. *Accord on Fire Building Safety*

Esta norma fue firmada el 24 de abril de 2013, una vez ocurrido el accidente

del edificio Rana Plaza⁶, en Bangladesh, que era centro de fabricación de numerosas marcas europeas que dejaron daños y perjuicios, surgió un acuerdo vinculante llamado *Accord on Fire Building Safety*, destinado a garantizar la seguridad de la industria textil en Bangladesh.

Este acuerdo es importante, ya que cuenta con 6 puntos clave:

- Este es un acuerdo legalmente vinculante de 5 años entre marcas y sindicatos que garantizan el trabajo seguro en la Industria RMG de Bangladés.
- Cuenta con un programa de inspección apoyado por las marcas y sindicatos en los cuales se deben llevar a cabo procesos de verificación del cumplimiento del acuerdo.
- Se divulgará públicamente el informe de inspección y de planes correctivos que necesite cada fábrica.
- Establece un compromiso entre marcas y sindicatos para garantizar que haya fondos para la remediación y mantenimiento de las fábricas.

⁶ El colapso del edificio Rana Plaza se produjo el 24 de abril de 2013, resultaron 1134 muertos y 2437 heridos. Ocurrió en Bangladesh y este edificio era fábrica de varias ETN europeas.

- Propone la creación de comités de salud y seguridad que se encarguen de identificar y remediar problemas de salud y seguridad que se presenten en las fábricas.
- Dar más importancia a las quejas de los trabajadores y realizar talleres de capacitación en seguridad en el trabajo.

Desde un punto de vista conservador, la importancia de este acuerdo es el avance positivo para garantizar las condiciones de trabajo en la industria textil y, más específicamente, es relevante la diferencia que existe en este acuerdo y las anteriores iniciativas de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE).

Normalmente, la RSE va sobre una delgada línea entre promesas de condiciones laborales decentes dirigidas a los habitantes del primer mundo y la naturaleza no coercitiva de estas iniciativas; pero lo curioso de este tratado es que sí se buscan garantizar todas estas condiciones laborales, pero a los habitantes del tercer mundo, es decir, cambia el sentido hacia quien va dirigido el acuerdo. Este tratado consiste en la organización de las cadenas de suministro, a través de acuerdos de gobernanza exigibles que cumplen con medidas coercitivas y también en las garantías laborales para los trabajadores de este país (Salminen, 2018).

3.1.2.2. Planes de Acción Nacional (PAN)

Los PAN han sido impulsados mayormente por la ONU, la Unión Europea y la OEA. Este documento busca que cada Estado pueda redactar su propio plan y poder adaptarlo a su sistema jurídico vigente y a su contexto social; ya que adaptar un solo tratado para todo el mundo con la multitud de variables, contextos, procesos y países ha resultado difícil. Por ello, los PAN han surgido como una solución que ha llevado a 20 países a tener el propio PAN vigente.

En Francia, se puede resaltar un importante desarrollo, dado que, mediante la *Loi 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, se les ha impuesto a las empresas constituidas en este país como a aquellas que tengan filiales en el extranjero el deber de cuidado en la vigilancia y garantía de los derechos humanos en los procesos o acciones realizadas por toda relación comercial que tenga la empresa matriz en el extranjero; incluyendo subcontrataciones, subcontratistas y proveedores. En Suiza, se redactó la *Responsible Business Initiative*, iniciativa popular que reformó la constitución federal y se basó en los principios Ruggie para su creación. En el PAN de Alemania, se expresó el compromiso de diligenciar una ley que le atribuyera

obligación legal de debida diligencia a aquellas empresas que superaran los 500 trabajadores.

En Estados Unidos, surgió una reforma, en 2013, *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act*, que establece que las entidades estatales trabajen con las empresas para garantizar que, en la cadena de suministros, no haya materiales que se hayan obtenido por medio de mano de obra traficada o que haya contribuido con la trata de personas.

Son muchos los PAN que se han llegado a basar en UNGP para su redacción y aplicación, pero todos estos planes son únicamente nacionales y no se ha podido establecer un tratado vinculante internacional; por cuanto es una tarea compleja. Actualmente, se está redactando un tratado que regula aquellas actividades realizadas por las ETN, en las que se puedan violar Derechos Humanos; a pesar de que este tratado está en formación, es posible observar que llevará mucho más tiempo, puesto que aglutinar todas las acciones y contextos, y llegar a un consenso, tomará bastante tiempo. Por el momento, los PAN han servido como solución para regular las actividades de las ETN.

El Plan de Acción Nacional más reciente desarrollado por Colombia es

el de 2020-22, en el cual todavía se trata la problemática de la COVID-19, pero lo importante de este PAN son los pilares sobre los cuales está escrito; la finalidad de estos pilares es responder en un marco de garantías a los principios rectores (garantía, respecto y acceso a mecanismos de protección). Como primer pilar, se encuentra la obligación de proteger los derechos humanos a cargo del Estado; en el segundo, se expone el deber de las empresas en el respeto de los derechos humanos; y en el tercero, el acceso a los mecanismos de reparación. En todos estos pilares se encuentra una regla general, y es la búsqueda de la reactivación económica y la fomentación de crear estrategias que ayuden a las empresas a respetar los derechos humanos en sus procesos.

Cabe aclarar que este PAN fue escrito en la época de la COVID-19; por lo tanto, la reactivación económica es parte fundamental del Plan, además de explicar los impactos que este ha tenido y las respuestas por parte del gobierno.

Si se comparan los PAN de los países mencionados con el de Colombia, se encuentra que, en Colombia, no se ha desarrollado un PAN con fuerza coercitiva, sino se han desarrollado una serie de pautas o recomendaciones de los pasos que deben seguir el Estado

y las empresas si quieren respetar los derechos humanos.

Es posible observar que, en Colombia, todavía no se ha desarrollado legislación referente a este caso, ya que, en ninguno de los pilares, se destaca alguna normativa que toque a fondo este tema y, en el acceso a mecanismos de reparación, recomienda acudir a la jurisdicción ordinaria o ante organismos estatales como la Consejería Presidencial; pero, de acuerdo con el PAN, estos organismos únicamente indicarán qué estrategias se pueden tomar para contrarrestar estas infracciones, es decir, no cuentan con poder punitivo para hacer respetar los derechos humanos.

Para concluir, se observa que, en Colombia, deben tomarse iniciativas más serias si se quiere avanzar en la protección de los derechos humanos y que una de las necesidades más importantes es darle voz a la sociedad civil y desarrollar una mesa de diálogo tripartita (Estado, Empresas y Sociedad civil); en la cual se puedan desarrollar políticas públicas que protejan los derechos humanos.

Ahora cabe considerar que no es pertinente continuar con la RSE (Responsabilidad Social Empresarial) en las cadenas de valor y suministros.

3.2. Antecedentes jurisprudenciales

3.2.1. *Antecedentes jurisprudenciales debida diligencia*

3.2.1.1. *Comunidad indígena Awá La Cabaña vs. Consorcio Colombia Energy de la Corte Constitucional colombiana*

En 2018, la Corte Constitucional colombiana profirió una sentencia de unificación, en la cual abarcó diferentes temas sobre la DDEDH. La tutela se presentó en contra del Consorcio Colombia Energy, el Ministerio del Interior y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) porque vulneraron el territorio colectivo de la comunidad indígena Awá La Cabaña; debido a la suscripción de un contrato entre Ecopetrol, S. A. y el Consorcio Colombia Energy para desarrollar operaciones en los Campos Quinde, Cohembí y Quillacinga, lotes pertenecientes a esta comunidad, y sin el permiso de esta.

A pesar de múltiples manifestaciones del pueblo Awá sobre su presencia en el territorio, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a través de la Resolución núm. 0551 del 30 de mayo de 2014, introdujo modificaciones a la licencia ambiental global que le permitían a la empresa Consorcio Colombia

Energy ampliar el objeto del proyecto (FIP & Zuleta Abogados, 2021).

La Corte utilizó el estándar de debida diligencia de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los pueblos indígenas para determinar que se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad.

En esta decisión, la Corte se refiere a las obligaciones que tienen las empresas, en relación con el respeto a los derechos humanos y su fuente jurídica. Al respecto, establece que “la responsabilidad esencial frente a la consulta previa es del Estado; pero eso no implica que los particulares y, en especial, las empresas no tengan deberes frente a este derecho fundamental” (Corte Constitucional, 2018).

3.2.1.2. *Caso OCENSA de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*

En diciembre de 2018, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia decidió un caso de reparación extracontractual en contra de la empresa OCENSA. La situación se presentó en 1998, cuando el grupo armado al margen de la ley ELN explotó un oleoducto en la zona rural de Antioquia, en octubre de dicho año. Este atentado, conocido como la Masacre de Machuca, dejó como

resultado la muerte de 84 personas, varios heridos y diversos daños patrimoniales y ambientales.

En 2002, las víctimas y sus familiares demandaron a la empresa por daños patrimoniales y extrapatrimoniales, argumentando que dicha compañía había incurrido en responsabilidad civil extracontractual, al haber construido el oleoducto en una zona de alto riesgo tanto por las posibles alteraciones del orden público como por la falla en el diseño y ubicación del oleoducto. La CSJ declara la responsabilidad de la empresa y ordena el pago de \$9.400.000.000, argumentando que la empresa no aplico la debida diligencia porque, sabiendo que la zona donde se hizo el oleoducto era una zona de conflicto armado donde podría generarse un peligro para las personas, aun así, lo construyó (Corte Suprema de Justicia, 2018)

3.2.2. *Antecedentes jurisprudenciales responsabilidad social empresarial*

Ahora, respecto a la jurisprudencia en la cual se haya sancionado a una Empresa Transnacional, en un primer plano, imaginar una sanción a una empresa transnacional por violar una normativa internacional y ser sancionada por ello es difícil; pero ¿hasta

qué punto puede una empresa ser sancionada por su actuación?

A continuación, se desglosarán algunas decisiones de Tribunales Internacionales que han hecho un esfuerzo por sancionar a este tipo de empresas; pero, como se vislumbra, esto no llega a ser suficiente.

3.2.3. *Caso del Conglomerado Industrial Krupp*

La sentencia dictada por los Tribunales Militares de Estados Unidos en Nuremberg trae a la memoria el juzgamiento del conglomerado industrial alemán Krupp, acusado de cometer crímenes de despojo de bienes públicos y privados en el territorio ocupado, y de crímenes de guerra y de lesa humanidad por emplear, en condiciones indignas, a las personas retenidas en campos de concentración para las fábricas de armas.

Para poder enjuiciar a los dirigentes empresariales el tribunal tuvo que examinar las actividades realizadas por esta empresa para establecer una responsabilidad penal. En la sentencia, en repetidas ocasiones, el tribunal se dirige a la empresa en primera persona, y no a individuos específicos o dirigentes. Se analizaron actividades realizadas por la empresa como la compra de bienes ubicados en Francia, Holanda y Alsacia.

En Francia, se le atribuye la ocupación de una fábrica que, de acuerdo con las leyes antijudías de aquel entonces, era totalmente legal en Alemania, pero no lo era en Francia; por lo tanto, se les sancionó con base en el artículo 48 del reglamento de la Haya, en el que se exige el respeto por las leyes del país que se está ocupando, y también se violó el artículo 46, que exige el respeto por la propiedad privada del país ocupado.

En Holanda, se pudo probar que se cometieron crímenes de expoliación y pillaje a gran escala. Entre 1944 y 1945, se saquearon y explotaron varias fábricas holandesas con el fin de reforzar el poder bélico alemán. Igualmente, se probó que, en ese país, usaron prisioneros en fábricas de armas.

El tribunal también condenó por el artículo 47 del reglamento de la Haya, que prohíbe el pillaje por parte del país ocupante. El fallo del tribunal consideró que una persona jurídica también puede infringir normas y que el derecho internacional humanitario también le es aplicable *ipso facto* a una empresa.

3.2.4. Sentencia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda

En el Tribunal Penal Internacional de Ruanda se presentaron dos casos de gran envergadura. El primero es

el caso Musema, en el que Alfred Musema, director de la fábrica de té de Gisovu, fue condenado por genocidio y crímenes de lesa humanidad por el Tribunal, el 27 de enero de 2000; esta condena no estuvo concatenada directamente a actos relacionados con el objeto social de la empresa, sino con los hechos cometidos por sus empleados, quienes, mediante el uso de los camiones de la fábrica, realizaban cierres de carretera y atentaban contra la población tutsi.

3.2.5. Nahima vs. Barayagwiza

El segundo, es el caso Nahimana, del 3 de diciembre de 2003; Ferdinand Nahimana y Jean-Bosco Barayagwiza, fundadores de Radio Televisión Libre Milles Collines (RTL), y Hassan Ngzese, fundador de *Kangura*, diario conocido tanto nacional como internacionalmente, del cual era editor jefe. Estas personas, a través de sus empresas de comunicación, incitaron el odio en contra de la población tutsi, haciendo una alusión a su exterminio. Los acusados fueron hallados culpables de genocidio, incitación directa y pública a cometer genocidio, conspiración para cometer genocidio, exterminio y persecución. Nahimana y Ngzese fueron condenados a cadena perpetua, mientras que Barayagwiza fue condenado a pena privativa de la libertad de 35 años.

Este caso atrajo la atención internacional porque era la primera vez, desde el Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, que un discurso de odio había sido procesado como un crimen de guerra.

3.2.6. Sentencia del Tribunal Especial de Sierra Leona

En el Tribunal Especial para Sierra Leona, uno de los casos más importantes de empresas multinacionales directamente implicadas en conflictos armados internos es el caso de Charles Taylor, expresidente de Liberia que dio armas y dinero al Frente Revolucionario Unido en el conflicto armado interno en Sierra Leona, a cambio de la ocupación de zonas diamantíferas y la consecuente extracción y entrega de diamantes sangrientos para la empresa ASA DIAM Diamond Company.

En tales hechos participaron miembros de la milicia y ASA DIAM Diamond Company, representada por Nassour Azziz, así como por los mismos ciudadanos, por medio de la esclavitud en los distritos de Kenema y Kono. Charles Taylor fue condenado por el Tribunal de la Haya en abril de 2012, donde fue declarado culpable de los cargos de asesinato, violación, esclavismo, mutilaciones y uso de menores soldados, entre otros; mientras

que Nassour Azziz, representante de ASA DIAM Diamond Company fue juzgado ante el Tribunal Penal de Amberes, en 2004, y condenado por rebeldía como líder de una organización criminal que compraba diamantes ilegales, con una pena de seis años de prisión y una multa de 25.000 euros.

3.2.7. Doe vs Unocal Corp

¿Puede ser responsable una empresa por la violación de derechos humanos no sólo por sus propios actos, sino también por los actos realizados por sus empleados, subcontrataciones o asociaciones estatales? La respuesta a esta pregunta se puede encontrar en el caso *Doe vs. Unocal Corp*, en el cual, la empresa estadounidense UNOCAL se habría aliado con el gobierno birmano para extraer petróleo en este territorio; en este contexto de extracción, se perpetraron varias infracciones al derecho internacional humanitario a los habitantes de Myanmar.

En la demanda interpuesta por los habitantes de Myanmar en contra de Unocal, Total y el Gobierno Myanmar, el tribunal de distrito federal de Los Ángeles concluyó que los demandados eran responsables bajo el *Alien Tort Statute*, por las violaciones de derechos humanos en el extranjero.

4. La debida diligencia y la responsabilidad social empresarial en las cadenas de valor y suministro

4.1. El principio de debida diligencia como base para los procesos de cadena de valor y suministro

La *debida diligencia* se define como la obligación que tienen los Estados de hacer frente a actos o procedimientos que llevan a cabo agentes privados, para prevenir abusos, castigar y garantizar vías de reparación a las víctimas (Guamán, 2022).

Dos de los elementos más importantes en la debida diligencia son obligar legamente a las ETN a identificar y evitar el abuso contra los derechos humanos y el medioambiente no sólo de sus propias actividades, sino también de empresas que controlen (*European Coalition for Corporate Justice*, 2018).

Este principio no es vinculante, pero muchas ETN se basan en él para crear sus propios códigos de conducta. Cabe resaltar que este principio también es aplicable para el funcionamiento interno de las empresas y para la regulación Estado-empresa, y aunque no es vinculante, en muchos países se han presentado legislaciones basadas en este principio.

Desde 2011, la debida diligencia ha tenido un papel importante en la transformación de códigos de conducta; la inclusión con mayor frecuencia en políticas públicas y legislaciones nacionales, así como la divulgación obligatoria de los riesgos de esclavitud moderna en las cadenas de suministro (Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado, 2011).

En materia de derechos humanos, la debida diligencia es un principio proactivo para que las empresas puedan reconocer riesgos reales y potenciales que causen efectos adversos a los derechos humanos. La debida diligencia establece 4 elementos fundamentales de conducta que se deben seguir para no violentar los derechos humanos en procesos de cadenas de valor y suministro:

- Identificar o evaluar los efectos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos que se haya causado o contribuido a causar con actividades en las que hayan participado directa o indirectamente.
- Integrar resultados de evaluaciones de impacto en procesos pertinentes de la empresa y tomar medidas adecuadas, conforme a su participación en el impacto.
- Realizar un seguimiento a la eficacia de las medidas adoptadas para contrarrestar los impactos

negativos hacia los derechos humanos con el fin de corroborar si realmente están funcionando.

- Comunicar de qué manera se están encarando estos efectos adversos y demostrar a las partes interesadas (en particular, a las afectas) qué políticas existen y procesos adecuados para la no repetición. (Naciones Unidas Procedimientos Especiales, 2018)

Una cadena de suministro y valor responsable impacta positivamente en la sociedad y en la ETN; por lo tanto, es necesario hacer una revisión de los problemas que más se presentan en estos casos, como la optimización de recursos, el cuidado del medioambiente y la eficacia en las operaciones. Estos problemas se presentan ante la falta de un marco de revisión de estos procesos a nivel global.

Si es tan importante y completo este principio, ¿por qué en los países satélite no se ha legislado con base en este principio? ¿O por qué no se ha redactado un tratado que regule estas actividades? La respuesta para la primera pregunta no es sencilla; pero quizá el mayor factor para ello es que los gobiernos de los países satélite no muestran interés o voluntad; por cuanto algunas regulaciones podrían no ser atractivas para las ETN, lo cual afecta la recepción de inversión extranjera. Para la segunda pregunta, la situación

también es compleja, ya que se suman problemas como aglutinar prácticas comerciales internas de cada país y acabar con procesos de valor y suministro que llevan años realizándose no es favorables para muchos actores estatales y no estatales; por lo cual, si se llegara a realizar un tratado de esta magnitud, se perdería mucho dinero en ambas partes (Garavito, 2018).

Desde el punto de vista de los suministros globales, los países latinoamericanos son líderes en la venta de materias primas que sirven a las ETN para llevar a cabo sus procedimientos; gran parte de las ETN están situadas en Estados Unidos, Reino Unido, Holanda, Francia y Alemania (Ramos, 2022).

Las políticas legislativas son diferentes en ambos extremos y el cambio cultural y de circunstancias es muy abrupto; ya que cada país busca legislar sus necesidades y el surgimiento de estas leyes en los “países cliente” cambia totalmente las reglas de juego para empresas locales y países, que se ven obligados a cumplir con estos mandatos porque gran parte de su economía se centra en la exportación de materias primas.

Es necesario que los Estados tengan mayor voluntad para reglamentar estas conductas; dado que este enfriamiento regulatorio lleva a que las ETN inviertan grandes cantidades

de dinero para llevar a cabo directa o indirectamente sus procesos bajo una vigilancia permisiva y sin mecanismos coercitivos eficientes.

Quizá algunos avances se encuentran en la actividad judicial de los países receptores de inversión. Por ejemplo, en la jurisprudencia colombiana, este principio ha sido utilizado para reafirmar el deber de las empresas, dentro del marco de la “devida diligencia”, para consultar a las comunidades locales y étnicas antes de iniciar actividades económicas en ciertas zonas del país. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Antioquia falló a favor de la comunidad indígena del río alto Andágueda, que había sido desplazada por el conflicto armado y sus tierras pasaron a manos de empresas; el tribunal determinó que las empresas deben tener la debida diligencia de consultar a las comunidades antes de iniciar actividades económicas en sus tierras (Fundación Ideas para la Paz & Zuleta Abogados, 2021).

74

4.2. La Responsabilidad Social Empresarial como base para los procesos de cadena de valor y suministro

Desde la Responsabilidad Social Empresarial se ha denotado que las cadenas de suministro tienen un valor muy importante para las empresas;

dado que, gracias a este proceso de abastecimiento, las empresas pueden llevar a cabo su proceso de producción. Además, su uso y práctica ha evolucionado bastante; antes las empresas competían por ver qué cadena de suministro les lograba ahorrar más dinero, pero ahora se compete por quién cuenta con más cadenas de suministro, aunque esta práctica ha llevado a que se cometan más infracciones a los derechos humanos. Por tanto, de acuerdo con lo dicho por Spence y Bourlakis (2009, p. 300), se considera que el concepto de RSE no es válido y es mejor usar el término *Responsabilidad Social de Cadenas de Suministro* (RSCS).

Martela (2005, p. 57) plantea 3 herramientas de la Responsabilidad Civil Empresarial que conducen a mejores conductas empresariales.

- Establecer por escrito los requerimientos de los proveedores: Los proveedores deben ser obligados a cumplir con la normativa local y estándares internacionales con el fin de que se adhieran a los estándares planteados por la ETN.
- Monitorear el desempeño del proveedor para verificar el cumplimiento de los requerimientos: Esta es una auditoría que deben llevar a cabo las ETN para verificar que los proveedores sí están velando por el cumplimiento de los requeri-

mientos. Esta auditoria se realiza a través de encuestas e inspecciones. El fin de estas auditorías es realizar planes correctivos, que van a ser establecidos por la ETN y deben ser cumplidos por los proveedores.

- Contribuir a la sensibilización de los proveedores y la formación sobre la política de responsabilidad social de las empresas: La comunicación ETN-proveedor debe ser fluida y se debe evitar todo tipo de error que provenga de un malentendido no verbal o de traducción.

Cabe resaltar que en estas 3 herramientas descritas se cuenta con dos enfoques: el primero se basa en un modelo de escritura-monitoreo al proveedor y el segundo enfoque busca la construcción de la sensibilidad y un canal de comunicación entre la ETN y el proveedor.

La cadena de valor es un proceso importante para las ETN, por cuanto, a través de este, se proyectan todas las fases de elaboración del producto hasta su venta. Vale la pena anotar que, para la Responsabilidad Social Empresarial, es importante que una empresa no sólo se preocupe por su crecimiento y rentabilidad, sino también por el impacto que deja en la sociedad.

En una ETN es importante la competitividad y la búsqueda por minimizar

costos y maximizar ganancias; pero, de acuerdo con la Red Española del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, controlar la reputación corporativa, identificar ventajas competitivas y minimizar costos en el medio competitivo son procesos para perfeccionar la gestión de una *cadena de valor* y este es el camino que deben seguir las ETN. Es decir, la *cadena de valor* desempeña un papel muy importante en las ETN y, por tanto, su adhesión a la Responsabilidad Social Empresarial es relevante; dado que, para controlar la reputación corporativa, hace falta tener una *cadena de valor* socialmente responsable.

Lena Strandberg (2010, p. 9) sostiene que, para incorporar las cadenas de valor en la RSE, se debe contar con cuatro factores importantes: la diversidad de la citada cadena de valor (en relación con la diversidad de productos que opera), el nivel de ambición para lograr ciertos resultados, la complejidad de la cadena y el poder de la compañía en la cadena.

La Responsabilidad Social Empresarial orienta a las organizaciones que quieren adherirse a la RSE y les provee de información alineada y consensuada para seguir el camino a una cultura socialmente responsable. Este principio no es vinculante, pero muchas ETN se basan en ella para crear sus propios códigos de conducta porque, al igual

que en las cadenas de suministro, no existe ningún tratado vinculante que obligue a las ETN a llevar de forma diferente sus procesos de valor.

La Responsabilidad Social Empresarial y la debida diligencia son principios fundamentales para la creación de este régimen de responsabilidad; dado que ambos son principios que otorgarán muchas garantías en pro de los derechos humanos en un régimen de responsabilidad civil internacional.

Asimismo, hace falta realizar un esfuerzo académico más grande en cada uno de los países en donde se presentan estas cadenas; ya que, a partir de estos estudios, se puede llegar a un consenso entre culturas, idiomas, costumbres y prácticas mercantiles del cómo deberían actuar las ETN en los procesos de *cadenas de valor y suministro*.

5. Conclusiones

Desde hace varios años, se viene desarrollando una normativa internacional que busca prevenir que las ETN estén involucradas en vulneraciones de derechos humanos (Garavito, 2022). Imponer una jurisdicción internacional implicaría elevar a las empresas al nivel de sujetos de derecho internacional con derechos y obligaciones, lo cual genera un cambio de paradigma, en

el que el sector privado pide menos regulación a un escenario, y el mismo sector exige más reglas claras, para poder calibrar mejor su cumplimiento de la debida diligencia, (Amaya y Henao, 2022); es la forma proactiva como las ETN gestionan los riesgos reales y potenciales de los efectos adversos en los derechos humanos en los que se ven involucradas (Naciones Unidas-Derechos, 2018).

Este régimen de responsabilidad civil internacional debe basarse en la debida diligencia porque los parámetros que ofrece este principio para la regulación de las actividades de las ETN es muy completo; puesto que cubre de responsabilidad a los sujetos implicados y ofrece una serie de herramientas coercitivas a los Estados para controlar a las ETN.

Con la creación de un régimen de responsabilidad civil internacional, las personas afectadas por la falta de debida diligencia de las ETN tendrían acceso a un juez civil que investigará si esta empresa verdaderamente no cumplió con su obligación; y, de demostrarse un daño causado por esa negligencia, tendría que ser compensado. En la actualidad, son pocos los países que ofrecen esta posibilidad.

Sin embargo, la propuesta de la 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.

Referencias

Amaya-Castro J. M. y Henao Zuluaga, S. (2022). El régimen de debida diligencia obligatoria: estado del arte e implicaciones desde una perspectiva latinoamericana. *Estudios en Derecho, Comercio & Globalización*, 1.

Arnold, J., Chapman, S. y Clive, L. (2011). *Introduction to Materials Management*. Pearson Education.

Baylos, A. (2009). Un instrumento de regulación: empresas transnacionales y acuerdos marco globales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 27, 107-125.

Baylos, A. (2017). *La responsabilidad de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales*. Relats.org.

<http://www.relats.org/documentos/PI-ICV.Baylos2017.pdf>

Baylos, A. (2018). La responsabilidad

de las empresas transnacionales en los procesos de externalización. Las cláusulas sociales internacionales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 115-132.

Chopra, S. y Mendl, P. (2008). *Administración de la cadena de suministro. Estrategia, planeación y organización*. Pearson Prentice Hall.

Cheín, N. F., Jiménez, C. P. y Martínez, G. A. (julio de 2012). Los puertos mexicanos de Altamira y Tampico: alcanzar la competitividad por medio de alianzas estratégicas [ponencia n. ° 62]. *VIII Congreso Iberoamericano de Administración Empresarial y Contabilidad y VI Congreso Iberoamericano de Contabilidad de Gestión*. Universidad Católica de Perú.

<http://congreso.pucp.edu.pe/iberoamericano-contabilidad/pdf/062.pdf>

Cogollo, J. M., Correa, A. A. y Cruz, E. A. (2012). Responsabilidad social de cadenas de suministro. *Revista Gestión & Región*, 13, 89-105.

https://www.researchgate.net/publication/317371563_Responsabilidad_social_de_cadenas_de_suministro

Cogollo, J. M. y Ruiz, C. (2019). Prácticas de responsabilidad sostenible de cadenas de suministro: revisión y propuesta. *Revista Venezolana de Gerencia*, 24(87), 668-683. <https://www.redalyc.org/journal/290/29060499004/html/#-gf3>

- Dunning, J. H. (1993). Introducción: la naturaleza de las empresas transnacionales y sus actividades. *Biblioteca de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales*, vol. 1. <http://unctc.unctad.org/datos/libvolla.pdf>
- Dunning, J. H. (1993). Introduction: The nature of transnational corporations and their activities. *United Nations Library on Transnational Corporations*, vol 1. <http://unctc.unctad.org/data/libvolla.pdf>
- Echaide, J. (2016). Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversión vs. Derechos humanos? 31 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 81-114. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il14-31.Dcdh>.
- Esteve Molto, J. E. (2011). Los principios rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional? *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 315-349. <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2559>
- European Coalition for Corporate Justice. (2018, diciembre). *Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas contratistas (N.1)*.
- Fernández Martínez, S. (2020). Las líneas directrices de la OCDE para las empresas multinacionales y su puesta en práctica por los puntos nacionales de contacto. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 10(2), 101-129. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5066>
- Fundación Ideas Para La Paz & Zuleta Abogados. (2021, octubre). *Las decisiones judiciales en Colombia y la debida diligencia empresarial en derechos humanos: cinco estudios de caso*. empresaspazddhh.ideaspaz.org. <https://empresaspazddhh.ideaspaz.org/sites/default/files/documentos-micro/102921%20Documento%20Zuleta%20N%C2%BA2.pdf>
- Garavito, R. C. (2018). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*. Siglo XXI Editores.
- Guamán, A. (2022). *Diligencia debida en Derechos Humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión (Laboral)* (1.ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- Instituto Colombiano Agropecuario (ICA). Resoluciones 00986 del 30 de agosto de 2001 y 02685 del 26 de septiembre de 2001.
- Kippenberger, T. (1997). The value chain: the original breakthrough. *The Antidote*, vol. 2, pp. 7-10.
- Lorenzoni Escobar, L. (2021). Responsabilidad social empresarial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana: dimensiones de obligatoriedad en la voluntariedad. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 23(1), 347-369.

- <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9085>.
- Mongerald, E. (2006). Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del derecho internacional humanitario. *Internacional Review of the Red Cross*, (863).
- https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc_863_mongelard.pdf
- Naciones Unidas-Derechos Humanos, Procedimientos Especiales. (2018, octubre). *Resumen del informe del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos a la Asamblea General*. (A/73/163). www.ohchr.org.
- https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/A_73_163_ExecutiveSummary_SP.pdf.
- Naciones Unidas Procedimientos Especiales. Relatores Especiales, Expertos Independientes y Grupos de Trabajo. (2018, octubre). *Resumen del informe del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos a la Asamblea General*. (A/73/163).
- Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. (2011, 6 julio). *Principios Rectores sobre Las Empresas y Los Derechos Humanos*.
- Padilla, C. M. (2018). La implementación de los 'Principios Ruggie': ¿nuevos avances en la conformación de un Derecho Global emergente? *Homa Publica-Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, 2(2), e:031.
- <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30563>
- Porter, M. E. y KRAMER, M. R. (2011). La creación de valor compartido. *Revisión de negocios de Harvard*, enero-febrero, 1-18.
- <http://www.filantropiatransformadora.org/attachments/article/198/Compartido%20Valor%20en%20Español>
- Ramos Gonzales, V. (2022). Los desafíos de la obligatoriedad de la debida diligencia en la cadena de suministro. *Contribuciones desde la academia latinoamericana para avanzar hacia una cultura de conducta empresarial responsable y respeto por los Derechos Humanos*, 1, 34-41.
- Salminen, J. (2018). The Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh: A New Paradigm for Limiting Buyers' Liability in Global Supply Chains? *The American Journal of Comparative Law*, 66(2), 411-451. <https://doi.org/10.1093/ajcl/avy030>
- Schroeder, R. (2004). *Administración de operaciones: concepto y casos contemporáneos*. McGraw Hill.
- Sentencia SU123/18. (2018, 15 de noviembre). Corte Constitucional (Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes, MM. PP.).
- Sentencia SC5686-2018. (2018, 19 de diciembre). Corte Suprema de Justicia. Radicación 2004-00042-01.

- Spence, L. y Bourlakis, M. (2009). The evolution from corporate social responsibility to supply chain responsibility: The case of Waitrose. *Supply Chain Management: An International Journal*, 14(4) 291-302.
- Suárez-Tirado, J. (2013). Control de gestión en la cadena de valor y los aportes de la contabilidad de gestión: estudio de caso de una compañía colombiana. *Cuadernos de Contabilidad*, 14(34), 245-262.
- Tovar, E. (2011). *Globalización financiera y sus efectos sobre el desarrollo financiero*. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-44832011000300004
- Vivas Barrera, T. (s. f.). Responsabilidad internacional de las empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos en tiempo de paz, en medio del conflicto y en etapas de posconflicto. *JUS*, 24. https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/20286/1/responsabilidad-internacional-y-proteccion-ambiental_Cap01.pdf